

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

ELISANGELA FABRES FRANCO

**A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA A CONCESSÃO DE
MEDIDAS DE NATUREZA PROVISÓRIA: UMA REFLEXÃO SOBRE SEUS
LIMITES**

**VITÓRIA
2017**

ELISANGELA FABRES FRANCO

**A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA A CONCESSÃO DE
MEDIDAS DE NATUREZA PROVISÓRIA: UMA REFLEXÃO SOBRE SEUS
LIMITES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa Técnica Processual e Tutela dos Direitos: O Processo como Método de Realização e Efetivação dos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge

VITÓRIA
2017

ELISANGELA FABRES FRANCO

**A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA A CONCESSÃO DE
MEDIDAS DE NATUREZA PROVISÓRIA: UMA REFLEXÃO SOBRE SEUS
LIMITES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa Técnica Processual e Tutela dos Direitos: O Processo como Método de Realização e Efetivação dos Direitos.

Aprovada em ___ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Anderson Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

F825c Franco, Elisangela Fabres, 1976-
A competência dos tribunais de contas para a concessão de
medidas de natureza provisória : uma reflexão sobre seus limites
/ Elisangela Fabres Franco. – 2017.
115 f.

Orientador: Flavio Cheim Jorge.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Tribunais de contas. 2. Medidas cautelares. 3. Tutela. 4.
Medida provisória. I. Jorge, Flavio Cheim. II. Universidade
Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas. III. Título.

CDU: 340

À minha querida mãe, Elisa, exemplo de
força e determinação, minha inspiração
para nunca desistir.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma dissertação de mestrado, após anos de estudos incessantes, faz-nos lembrar das pessoas que nos apoiaram e nos incentivaram ao longo da jornada. Nesse momento tão importante, expresso publicamente os meus agradecimentos.

Primeiramente, agradeço a Deus, pilar da minha vida. Agradeço, ainda, à minha família. Aos meus pais, que sempre me incentivaram a seguir meus sonhos e a trabalhar para que se tornassem realidade. Ao Luciano, Lucas e Pedro Henrique, que me receberam com amor ao final de cada dia de trabalho e estudos e que me deram ânimo para continuar.

Agradeço, também, ao Professor Doutor Flávio Cheim Jorge, que prontamente aceitou me orientar. Ao Professor Doutor Manoel Rabello, que nunca se furtou a me receber e que sempre me apoiou em todos os percalços e dúvidas existentes no caminho. Ao Professor Doutor Anderson Sant'Ana Pedra, agradeço os valiosos ensinamentos.

De modo especial, agradeço ao Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Espírito Santo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, o incentivo incondicional e a confiança que em mim sempre depositou. Uma palavra a todos os colegas do Tribunal de Contas, especialmente os que trabalham de forma direta comigo, Adriana, Sérgio, Mirela, Kaline, Larissa e Jario: muito obrigado pela paciência e pelos gestos diários de compreensão e incentivo.

Aos colegas do mestrado, que agradeço nas pessoas de Ariadi e Flávio, o apoio nos momentos mais difíceis e de incertezas.

O povo, autor do controle, limite do poder e afirmação da sua liberdade, seu destinatário e ator necessário.

Wremyr Scliar (2014)

RESUMO

No sistema constitucional brasileiro, os Tribunais de Contas exercem as atribuições de controle da Administração Pública direta e indireta. A partir de uma análise do texto constitucional à luz de seus princípios fundamentais e do contexto institucional democrático republicano, este trabalho examina a amplitude do controle exercido pelos Tribunais de Contas no Brasil, num cenário em que a busca pela eficiência das condutas dos administradores públicos é uma exigência constitucional e também da sociedade. No exercício de suas competências constitucionalmente previstas, o Tribunal de Contas pode, por exemplo, aplicar penalidades aos gestores, determinar a devolução de valores ao erário, declarar a inidoneidade para contratar com a Administração Pública, e, no decorrer de todos os processos sob sua competência, o Tribunal de Contas pode, também, conceder provimentos de tutela provisória, agindo de forma preventiva para que se evitem potenciais danos ou ilícitos. A perquirição das características e natureza desses provimentos consubstancia o objetivo desta dissertação, desenvolvida a partir do método dedutivo-comparativo.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Medidas cautelares. Controle do poder.

ABSTRACT

In the Brazilian constitutional system, the Court of Auditors performs the duties of control of direct and indirect public administration. From an analysis of the constitutional text in the light of its fundamental principles and of the republican democratic institutional context, this work examines the extent of control exercised by the Courts of Auditors in Brazil, in a scenario where the search for efficiency in the public officials' conduct is a constitutional requirement. In exercising its constitutionally provided competence, the Court may, for example, impose penalties on managers, determine the return of values to the Treasury, declare the unsuitability to contract with public administration, and, in the course of all processes under its jurisdiction, the Court may also issue provisional measures, acting preventively for avoiding potential damage. The investigation of the legal nature of these provisional measures embody the objective of this work, developed from the deductive-comparative method.

Keywords: Court of Auditors. Provisional measures. Control of power.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art./Arts.	Artigo/Artigos
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPC/1973	Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973
CPC/2015	Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCM	Tribunal de Contas do Município
TCU	Tribunal de Contas da União
UFES	Universidade Federal do Espírito Santo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O CONTROLE NOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	14
2.1	MODALIDADES DE CONTROLE.....	19
2.1.1	Controle posterior ou <i>a posteriori</i>.....	19
2.1.2	Controle concomitante.....	20
2.1.3	Controle prévio	21
2.2	CONTROLE INTERNO.....	22
2.3	CONTROLE EXTERNO	23
2.4	O “BOM CONTROLE PÚBLICO” E OS TRIBUNAIS DE CONTAS	25
2.5	O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	28
3	OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL	33
3.1	A NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	37
3.2	A NATUREZA JURÍDICA DOS PROCESSOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	45
3.3	COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	47
3.3.1	Apreciação das contas anuais do chefe do Executivo	49
3.3.2	Julgamento das contas dos responsáveis por dinheiro público	51
3.3.3	Realização de auditorias e inspeções	52
4	O PROCESSO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS	55
4.1	FINALIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	58
4.2	PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL.....	59
4.2.1	Devido processo legal.....	60
4.2.2	Contraditório e ampla defesa	62
4.2.3	Princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso	64
4.2.4	Motivação	67
4.2.5	Direito ao recurso	68
4.2.6	Oficialidade	69
4.2.7	Razoável duração do processo	71
4.2.8	Princípio da verdade material.....	72
4.2.9	Princípio do formalismo moderado	74

5	BREVES ASPECTOS ACERCA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	78
5.1	O PODER GERAL DE CAUTELA.....	80
6	BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO CONCEITO DE DANO.....	82
6.1	O CONCEITO DE DANO E SUA DIFERENCIAÇÃO DO ILÍCITO.....	82
6.2	O CONCEITO DE DANO AO ERÁRIO.....	85
6.3	A QUANTIFICAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO	89
7	A ADOÇÃO DE PROVIMENTOS DE TUTELA PROVISÓRIA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	91
7.1	O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA CONCESSÃO DE TUTELAS CAUTELARES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	93
7.2	A CONCESSÃO DE TUTELAS CAUTELARES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	99
7.3	LIMITES À CONCESSÃO DE TUTELAS CAUTELARES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	101
7.3.1	Há discricionariedade na atuação do julgador?	101
7.3.2	Necessidade.....	102
7.3.3	Atuação de ofício do julgador na tutela cautelar	103
8	CONCLUSÃO.....	104
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a utilização dos provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas no exercício do controle externo, bem como a relação entre a missão dos órgãos de controle e a concessão de tais medidas nos processos de contas, com o propósito de se evitar dano ao erário e garantir a tutela do direito fundamental à boa administração pública.

A discussão acerca da economia de dinheiro público tem se tornado cada dia mais acalorada. Muito se tem falado em melhorar a gestão pública como forma de sobrevivência das instituições. Segundo Modesto¹, reclama-se do Estado, cada vez com maior impaciência, para que aperfeiçoe o seu agir e conduza em termos adequados a realização dos fins prezados pela comunidade.

Nesse sentido, o referido autor exprime:

[...] exige-se do Estado celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na obtenção de utilidades para o cidadão, na regulação da conduta pública e privada, na vigilância ao abuso de mercado, no manejo dos recursos públicos. Hoje essas são pautas de comportamento exigíveis do administrador para a validade e legitimidade da ação estatal².

No cenário em que a busca pela eficiência das condutas dos administradores públicos é uma exigência constante da sociedade, o controle exercido pelos Tribunais de Contas é de suma relevância. A responsabilização dos agentes públicos e privados pela malversação dos recursos tem fundamento na Constituição da República, que indica as competências e os procedimentos que devem ser realizados pelos Tribunais de Contas de forma a preservar o patrimônio público.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversas competências para o Tribunal de Contas da União e as estendeu aos Estados e Municípios. No inciso II de seu art. 74, a Constituição Federal dispõe que:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

¹ MODESTO, Paulo. O Princípio da Eficiência: desafios concretos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 2, 2001. p. 2.

² Ibid.

[...]

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

[...]

No parágrafo primeiro do artigo supracitado, a Constituição Federal estabelece que, caso seja constatada alguma irregularidade no controle efetuado, os responsáveis têm o dever de comunicá-la ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

A esse respeito, Modesto afirma que:

[...] se a eficácia e a eficiência são *qualidades do agir administrativo* avaliadas obrigatoriamente no controle jurídico da atividade de todo órgão da administração direta e das entidades da administração indireta, em qualquer dos poderes e, em caso de irregularidade, sujeitam os responsáveis a sanções jurídicas, são *obrigações jurídicas*, imposições constitucionais, *exigências gerais vinculantes para o administrador público* (grifo do autor)³.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 71, inciso I, atribuiu aos Tribunais de Contas a responsabilidade pela emissão de parecer prévio nas contas anuais dos Chefes do Poder Executivo. Além disso, de posse da sua competência ordinária, os Tribunais de Contas são responsáveis pelo julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis pelo dinheiro público, cabendo a estes prestarem contas anualmente da gestão dos recursos, bens e valores públicos.

Outra competência (art. 71, II, CF/88) atribuída aos Tribunais de Contas é a de julgar os que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, decorrente de ato ilegítimo, legal ou antieconômico, originando um processo de Tomada de Contas Especial com o objetivo de apurar a culpa do agente e determinar a quantificação do dano e a devolução dos valores ao erário.

No decorrer de todos esses processos, os Tribunais de Contas podem conceder medidas de natureza provisória, agindo de forma preventiva para que se evitem

³ MODESTO, Paulo. O Princípio da Eficiência: desafios concretos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 2, 2001. p. 4.

danos, e são esses provimentos provisórios concedidos pelos Tribunais de Contas que constituem o objeto central de análise deste trabalho.

No capítulo segundo trataremos do controle nos Tribunais de Contas, analisando as modalidades de controle, que pode ser dividido em controle prévio, concomitante e posterior. Falaremos do controle interno, do controle externo e do bom controle exercido pelos Tribunais de Contas, culminando na verificação do direito fundamental à boa administração pública. O capítulo segundo discorrerá, ainda, acerca do controle na Administração Pública, seu conceito, suas modalidades e momentos, de forma a buscar a compreensão exata do papel dos Tribunais de Contas dentro do sistema de controle da Administração Pública.

No terceiro capítulo, passar-se-á à descrição pormenorizada da evolução histórica dos Tribunais de Contas no Brasil, sua origem, aspectos de sua competência, a natureza jurídica de suas decisões e dos processos que se desenvolvem em seu âmbito, bem como o tratamento dado aos Tribunais de Contas nas Constituições brasileiras. Nele, discorrer-se-á, também, acerca das competências atribuídas pela Constituição Federal de 1988 aos órgãos de controle externo.

O processo administrativo, a finalidade dos processos nos Tribunais de Contas e os princípios que os regem são temas que serão objeto de análise do capítulo quarto.

O quinto capítulo trará breves considerações sobre o regime das tutelas provisórias inaugurado pelo novo Código de Processo Civil brasileiro.

O sexto capítulo trará breves apontamentos sobre o conceito de dano, diferenciando-o do ilícito e apresentando sua forma de quantificação pelo Tribunais de Contas.

O sétimo e último capítulo anterior à conclusão será dedicado, por sua vez, ao exame da tutela provisória cautelar concedida pelos Tribunais de Contas e dos limites de sua concessão, bem como trará o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

2 O CONTROLE NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Para Scliar, as origens do sistema de controle encontra-se no povo hebreu e, posteriormente, entre os gregos e romanos.

Sobre o povo hebreu, Scliar ensina:

O conhecimento jurídico sobre a organização estatal e social do povo hebreu está baseado na análise da Torá, no Talmude de Jerusalém e no Talmude da Babilônia, nos textos dos profetas e nos manuscritos descobertos nas cavernas de Qumram, nas fraldas do mar Morto.

[...]

Os hebreus constituem-se em um povo cuja descrição bíblica, Velho e Novo Testamento, está repleta de descrições míticas, cuja caracterização a partir das pesquisas notadamente filológica e textos de André Chouraqui permite afirmar tenha origem nômade, oriundo da bacia dos rios Tigre e Eufrates, até se fixarem na Palestina, em território mais ao interior.

[...]

As normas de controle são esparsas, emolduradas de rituais e regras religiosas, ao mesmo tempo em que se constituem em uma narrativa histórica da vida nacional dos hebreus. Entre os textos da Torá, Talmude e Profetas há imposições de conduta ética aos governantes na sua vida pública e privada, assim como nas suas condutas comunitárias (sociais).

[...]

Enquanto a Torá e o Talmude expõem essas normas, os profetas têm uma função, com seus discursos de denúncia e críticas aos governantes e a todo o povo⁴.

Os dez mandamentos são frutos da libertação do povo hebreu do cativo do Egito, e o decálogo proclama a submissão de todos os hebreus, sem distinção, ao cumprimento da lei⁵.

Bobbio enfatiza a relevância dos dez mandamentos para a história da civilização evidenciando: “Eles foram durante séculos, e ainda são, o código moral por

⁴ SCLIAR, Wremyr. **Tribunal de Contas**: Do controle na antiguidade à instituição do Estado Democrático de Direito. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 16.

⁵ Ibid., p. 21.

excelência do mundo cristão, a ponto de identificados com a lei escrita no coração dos homens ou a lei conforme a natureza”⁶.

Scliar arremata:

Libertados do cativeiro no Egito, dotados de uma legislação fundante da nação sob os princípios da igualdade e da justiça, a lei para os hebreus é em primeiro plano um conceito de direitos individuais.

Viver nos limites da lei era a garantia desses princípios, o direito à terra e nela viver.

O sistema jurídico hebreu iguala a todos: Sinédrio, rei, sumo sacerdote, oficiais e funcionários com o próprio povo. Esse sistema tem o amplo significado de preservar a individualidade e para isto o povo deveria estar sempre atento ao controle dos seus governantes, mesmo que essa função incumbisse em primeiro plano ao Sinédrio.

A lei é o principal instrumento controlador, não apenas dos governantes, mas dos próprios indivíduos⁷.

Em Roma, no período republicano (509 a. C. a 27 a. C.) o controle da administração pública era realizado pelo Senado com o auxílio de duas espécies de magistrados – questores, responsáveis pela arrecadação e guarda dos dinheiros públicos, e os censores, que geriam os fundos para satisfazer as despesas com obras públicas. Possuía com organização bem estruturada, como em outras atividades, notadamente as organizações política, judiciária, administrativa e militar. Com a queda da república, a atividade de controle passou a ser exercida pelo imperador⁸.

A Grécia, mais especificamente em Atenas no período democrático, que ocorreu entre os séculos V a IV a.C., era dotada de sofisticada organização estatal, o que exigia altas quantias de recursos financeiros. Entre os anos de 501 a 338 a.C., a administração pública foi estritamente controlada.

Em Atenas, o controle da administração pública era exercido por magistrados, decorrente de um sistema democrático e de respeito diante dos valores e bens públicos, em razão da soberania popular e da democracia.

Comparato analisa essa relação:

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 56-57.

⁷ SCLIAR, Wremyr. **Tribunal de Contas: Do controle na antiguidade à instituição do Estado Democrático de Direito**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 30.

⁸ Ibid., p. 60.

Efetivamente, na vida política ateniense, por mais de dois séculos (de 501 a 338 a.C.), o poder dos governantes foi estritamente limitado, não apenas pela soberania das leis, mas também pelo complexo de um conjunto de instituições de cidadania ativa, pelas quais o povo, pela primeira vez na História, governou a si mesmo.

Basicamente, a democracia ateniense consistiu na atribuição ao povo, em primeiro lugar, do poder de eleger os governantes e de tomar diretamente em assembléia (a Ekklésia) as grandes decisões políticas: adoção das novas leis, declaração de guerra, conclusão dos tratados de paz ou de alianças. Os órgãos do que chamamos hoje Poder Executivo eram, aliás, em Atenas, singularmente fracos: os principais dirigentes políticos, os estrategos, deviam ter suas funções confirmadas, todos os meses, pelo Conselho (Boulê).

O regime da democracia direta fazia ainda, em Atenas, com que a designação dos juízes se realizasse por sorteio, e o povo tivesse competência originária para julgar os dirigentes políticos e os réus dos principais crimes.

Mesmo nos processos que se desenrolavam perante os juízes oficiais, qualquer das partes tinha o direito de recorrer da sentença para um tribunal popular (epheisis).

A soberania popular ativa completava-se com um sistema de responsabilidades. Era lícito a qualquer cidadão mover uma ação criminal (apagoguê) contra os dirigentes políticos; e estes, ao deixarem seus cargos, eram obrigados a prestar contas de sua gestão perante o povo.

Pela instituição do graphê paranomôn, o cidadão tinha o direito de se opor, na reunião da Ekklésia, a uma proposta de lei violadora da constituição (politéia) da cidade; ou, caso tal proposta já tivesse sido convertida em lei, de responsabilizar criminalmente o seu autor⁹.

Aristóteles cuidou da distribuição das funções de governo e imaginava a criação de um Tribunal de Contas:

Considerando, porém, que muitas, para não dizer todas, dessas funções movimentam grandes somas de dinheiro, existe a necessidade de que um outro órgão cuide da prestação de contas e da auditoria deles, não tendo nenhuma outra função além dessa. Estes funcionários são conhecidos como examinadores, auditores, contadores, controladores¹⁰.

Existem contradições na origem da palavra controle e até mesmo em sua etimologia. Para Cury Neto, “[...] em sua concepção, a palavra controle era associada à arrecadação de recursos para a coroa, ou seja, para o príncipe”¹¹. Em tempos

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 41.

¹⁰ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 231.

¹¹ CURY NETO, Michel. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 16.

depois, em Portugal, “[...] houve a separação entre o tesouro do príncipe e os recursos do Estado”¹².

Modernamente, a ideia de controle remete ao controle financeiro, ao controle dos gastos públicos, que culmina na defesa dos bens públicos. Admite-se que o controle está intrínseco aos processos da Administração Pública, em que os recursos pertencem ao cidadão, e, portanto, os bens tutelados são de interesse público.

Poder-se-ia dizer, desta maneira, que a finalidade do controle é atinente à aplicação correta do dinheiro público, uma vez que é indispensável que o Estado se responsabilize por garantir a organização orçamentária de forma adequada.

Hely Lopes Meirelles conceitua controle como “[...] a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”¹³.

A finalidade do controle é garantir que a Administração Pública desempenhe seu papel observando os preceitos legais que informam sua atuação e assegurando a transparência de seus atos.

O controle externo da Administração Pública é feito por um órgão de natureza política que é o Congresso Nacional (ou as Assembleias Legislativas, nos Estados, e as Câmaras Municipais, nos Municípios). Consequentemente, deflui-se que seja marcado de inegável teor político, que é amenizado pela participação do Tribunal de Contas, órgão eminentemente técnico.

Nesse sentido, o controle externo há de ser primordialmente de natureza técnica ou numérico-legal, como diz Ramirez Cardona quando assenta que

[...] já que se trate de um controle técnico ou de uma vigilância meramente política, seu fundamento repousa no fato principal de que corresponde à coletividade, como cidadania ou como contribuinte, não só aprovar mas também vigiar a execução do plano prospectivo de ingressos e gastos na

¹² CURY NETO, Michel. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 16.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 637.

satisfação das necessidades públicas e regulação econômica e social através da atividade financeira¹⁴.

E conclui:

Do Congresso, a quem compete o controle político, emana também o controle técnico ou numérico-legal, que, em realidade, é o mais decisivo. Dada a índole política que define a composição e funções do ramo legislativo do Poder Público, o controle técnico não pode exercitar-se de modo direto por ele ou pelo Parlamento. Para isso institui-se um organismo especializado, chame-se-lhe Corte de Contas ou Controladoria-Geral, com independência do Poder Executivo de modo que se garanta a necessária imparcialidade nesta classe de vigilância da execução orçamentária por parte daquele¹⁵.

Nessa esteira, o Legislativo é o titular do controle político institucional da Administração financeira e orçamentária. Cabe, porém, aos Tribunais de Contas o controle institucional técnico sobre a Administração Pública, e eles não necessitam do Poder Legislativo para exercê-lo.

Ressalta-se que existe, ainda, o controle exercido diretamente pela sociedade, chamado de controle social.

Frisa Moreira Neto que:

As reivindicações da sociedade ganham, com o acréscimo dessa legitimação além dos tradicionais meios de expressão político-partidários, mais próprios para as generalizações legislativas do que para ministrar soluções pontuais aos conflitos, novos e diversificados caminhos institucionais, juridicamente abertos e fundamentalmente neutrais, assim entendidos por atuarem fora dos canais político-partidários.

[...]

Portanto, o notável aperfeiçoamento de que aqui se dá conta, trazido pelos novos instrumentos democráticos para a expressão da cidadania, não se sobrepõe, senão que se acresce aos existentes, de modo a poderem atuar paralela e independentemente dos tradicionais canais partidários e eleitorais, que, como exposto, se ressentem das limitações inerentes às instituições representativas, forjadas para satisfazer as demandas da modernidade, para que possam prover, com individualização, presteza e qualidade, as diversificadíssimas prestações para o atendimento dos cada vez mais exigentes valores, necessidades, interesses e aspirações das sociedades da pós-modernidade¹⁶.

¹⁴ CARDONA, Carlos Ramírez; SALAZAR, María del Pilar Ramírez. **Fundamentos de administración**. 3. ed. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2012. p. 218.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 127.

Atualmente, em razão do acesso à informação facilitado pela transparência da Administração Pública, o cidadão pode intervir no exercício de seu controle. Tal fato representa um notável avanço na atividade de controle, reforçando a democracia e a diversificação de instrumentos sociais que prestam as funções de fiscalização, controle, promoção e defesa dos interesses da sociedade.

2.1 MODALIDADES DE CONTROLE

As formas de controle comportam diversificação e múltiplas classificações, que remanescem, porém, adstritas à finalidade substancial de verificar e orientar, *lato sensu*, *a priori* ou *a posteriori*, a legitimidade e os resultados da atividade desenvolvida pela Administração Pública¹⁷.

Trata-se da forma como o controle é realizado, podendo ser dividido em *prévio*, *concomitante* e *posterior*. Pondé faz a seguinte classificação:

Em qualquer caso, o controle pode ser preventivo ou repressivo, de legalidade ou de mérito, sobre a atividade material ou ato jurídico. O controle é preventivo quando antecede a emissão de ato controlado ou os efeitos deste. É repressivo quando incide sobre um ato já executado ou em execução. No controle de legalidade, o ato controlado é aferido por uma norma legal, no controle do mérito, por sua conveniência, oportunidade, ou critérios de ordem técnica. Diz-se externo o controle (Constituição, art. 70) quando o órgão que o exerce é externo, em relação ao poder a que pertence a autoridade que emite o ato controlado (CASULLI, V. R. N. *Digesto Italiano*, verbete "controle")¹⁸.

2.1.1 Controle posterior ou *a posteriori*

O controle posterior é o tipo de controle tradicional e o mais utilizado, realizando-se após a efetivação do ato praticado e com o propósito de corrigi-los, desfazê-los ou confirmá-los.

Segundo Mileski, o controle posterior (ou *a posteriori*)

¹⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 28.

¹⁸ PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da Administração Pública. **Revista de Informação e Legislação**, Brasília, ano 35, n. 139, 1998. p. 139.

[...] ocorre após a realização do ato praticado em decorrência da ação administrativa desenvolvida, com a finalidade de proceder a uma avaliação sobre a sua correção e legalidade, com o objetivo de promover a sua aprovação ou homologação e, no caso de encontrar erros, falhas e vícios, adotar medidas que levem a sua correção ou desfazimento¹⁹.

Nas situações de controle posterior, as condições são mais favoráveis ao exame, com exatidão, da existência e da extensão do dano, haja vista tratar-se de controle com perspectiva pretérita, ou seja, direcionada somente para os atos e fatos da gestão que já se encontram perfectibilizados no tempo e espaço.

Em razão desse traço retrospectivo, o controle posterior está mais direcionado, em regra, à tutela repressiva, e não à preventiva. Todavia, no decorrer do controle posterior, não há óbice à verificação de situação irregular de potencial continuidade, cuja correção tornará manifesta a prestação de tutela preventiva. É mais usual, no entanto, que as situações irregulares averiguadas sob o prisma da retrospectão já estejam consolidadas, de sorte que a tutela repressiva é que deverá ser o foco do processo de contas²⁰.

Podem ser citados como exemplos de objetos do controle posterior o registro de admissão de pessoal, o julgamento das contas dos jurisdicionados e a análise de legalidade das licitações e contratos já celebrados.

Por fim, ressalta-se que, conquanto seja o tipo mais usual de controle, há muita divergência a respeito da sua eficácia, uma vez que, depois de praticado o ato, se encontrada alguma irregularidade, torna-se árdua a reparação ou o ressarcimento do dano causado.

2.1.2 Controle concomitante

Classificado por Guerra como o “controle tendente a acompanhar a atuação administrativa de forma simultânea, verificado a regularidade do ato administrativo

¹⁹ MILESKI, Hélio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **Revista Interesse Público – INPB**, Belo Horizonte, n. 45, set./out. 2007. p. 177.

²⁰ SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas**: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 185.

de plano, no mesmo momento em que é praticado”²¹, o controle concomitante possibilita a ocorrência de tutela preventiva e repressiva no processo de contas, desde que a fiscalização ocorra com perspectivas pretérita, presente e futura, investigando-se fatos recentemente acontecidos, bem como aqueles que se dão no presente e aqueles que acontecerão dentro de um pequeno lapso de tempo futuro.

Em suma, o controle concomitante ou simultâneo é realizado no momento em que se efetiva o ato administrativo, ao observar-se sua legalidade, de modo a impedir que se desvirtue do fim para o qual foi proposto, ou mesmo com a possibilidade de haver correções, buscando-se atingir a finalidade pública.

O acompanhamento da execução de obras ou da execução de contratos são exemplos dessa modalidade de controle.

2.1.3 Controle prévio

O controle prévio se caracteriza por ocorrer previamente ao objeto fiscalizado. Nesse sentido, o processo de contas consequente do controle prévio apenas poderá prestar tutela preventiva, não cabendo de forma alguma a prestação da tutela repressiva.

Isso se dá porque, uma vez que o controle prévio aponta para o futuro, é dizer, para examinar atos e fatos que ainda não se tornaram realidade no tempo e no espaço, a tutela a ser prestada somente terá o condão de prevenir a ocorrência de ilícito ou dano a serem praticados, inexistindo a possibilidade de remediar ou obstar aquilo que ainda não aconteceu.

Por fim, de modo sintético, o controle prévio é aquele que se dá antes da conclusão ou da realização do ato administrativo, visando ao estorvo de procedimentos contrários ao ordenamento jurídico e ao interesse público.

²¹ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 26.

O exemplo mais claro e recorrente, sobretudo nos processos que tramitam nos Tribunais de Contas, é a sustação do ato impugnado através de concessão de tutela de urgência cautelar.

2.2 CONTROLE INTERNO

O controle interno da Administração Pública é a fiscalização realizada dentro do próprio órgão sobre as atividades que exerce. Procede do poder de autotutela e alicerça-se nos princípios da legalidade e do interesse público.

Para Hely Lopes Meirelles, o controle interno

É todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria administração. Assim, qualquer controle efetivado pelo Executivo sobre seus serviços ou agentes é considerado interno, como interno será também o controle do Legislativo ou do Judiciário, por seus órgãos de administração, sobre seu pessoal e os atos administrativos que pratique²².

Através do controle, a Administração tem o poder de anular seus próprios atos, revogá-los ou mesmo punir os agentes causadores do dano.

Reserva a Constituição Federal de 1988, no art. 74, a função de controle interno aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para:

Art. 74. [...]:

I – avaliar o cumprimento de metas previstas no Plano Plurianual, a execução dos programas de governo e do orçamento da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

[...]

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 641.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 74 preveem, respectivamente, a responsabilização de forma solidária dos responsáveis pelo controle interno quando tiverem ciência de irregularidades ou ilegalidades em relação aos dispêndios de dinheiro público e não a levarem ao conhecimento do Tribunal de Contas, como também permite ao cidadão, ao partido político, à associação ou sindicato denunciar irregularidades ou ilegalidades.

Mileski conceitua o controle interno, levando em conta a fiscalização, como sendo

[...] aquele efetuado pelos órgãos administrativos, no âmbito da própria Administração, sob o comando de um órgão central e, por isso, organizado de forma sistêmica, no sentido de atuar de maneira integrada em todos os Poderes do Estado, buscando comprovar a legalidade dos atos praticados pelos administradores e avaliar os resultados da ação governamental, verificando o seu grau de eficiência e eficácia, com prestação do devido apoio ao controle externo no exercício das suas atividades constitucionais²³.

Importa frisar, outrossim, que o controle interno deve ser mantido de forma integrada entre os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), além do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e das demais entidades que compõem a Administração Pública.

2.3 CONTROLE EXTERNO

Trata-se o controle externo de um controle político de legalidade contábil e financeira, destinando-se a comprovar: a) a probidade dos atos da administração; b) a regularidade dos gastos públicos e do emprego de bens, valores e dinheiros públicos; c) a fiel execução do orçamento²⁴.

O controle externo pode ser considerado como o realizado por órgãos diversos não pertencentes à estrutura do ente responsável pelo ato controlado. Por exemplo, tem-se o controle exercido pelo Congresso Nacional ou, ainda, o controle realizado pelos Tribunais de Contas.

²³ MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 160.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 602.

No plano do controle externo, o constituinte repartiu as competências típicas entre as Casas do Congresso Nacional e o TCU, todos com poder de autogoverno, ou seja, autonomia orçamentária, administrativa e financeira. Essa é uma questão pacificada na jurisprudência, merecendo destaque a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789.

Sobre a importância do controle exercido pelos Tribunais de Contas, Rossi assevera:

O principal objetivo do controle exercido pelas Cortes de Contas é assegurar que a administração das finanças públicas, independente da dinâmica político-social, seja realizada dentro dos parâmetros constitucionais da legalidade, economicidade e moralidade. Os Tribunais de Contas devem estar sempre vigilantes para defender esses postulados, sem perder de vista a necessidade de adaptarem-se às novas realidades, acompanhando a evolução dos acontecimentos²⁵.

Fernandes, ao apresentar considerações sobre o controle externo, assenta que

O sistema de controle externo pode ser conceituado como o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção de atos²⁶.

De acordo com o sistema adotado pela atual Constituição no artigo 70, o controle externo é exercido pelo Poder Legislativo. Tradicionalmente, o controle externo é exercido pelo Poder Legislativo, ao qual compete autorizar a cobrança de tributos, consentir nos gastos públicos, tomar contas dos que usam o patrimônio em geral. Atribui, ainda, a Constituição Federal de 1988 o controle externo ao Poder Judiciário, aos Tribunais de Contas, ao Ministério Público e até mesmo à própria sociedade.

O controle externo visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento. É, por excelência, um *controle político de legalidade contábil e financeira*, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas. Ademais, o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas tem por desiderato, em última instância, a fiscalização da efetivação do direito fundamental à boa administração pública, como se verá adiante.

²⁵ ROSSI, Sergio Ciquera. O controle externo sobre a Administração Pública. **Caderno FUNDAP**, São Paulo, n. 22, p. 169-174, 2001. p. 169.

²⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 99.

Faz-se necessário frisar que a função de controle não engloba apenas o controle da legalidade dos atos da Administração Pública, mas também um controle com maior aplicabilidade, que remeta a aspectos atinentes à legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, abrangendo o controle das ações de governo e das políticas públicas, preocupando-se não só com aspectos formais, mas abarcando o mérito da gestão pública.

2.4 O “BOM CONTROLE PÚBLICO” E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Para Gualazzi, a Constituição Federal de 1988 caracteriza o Tribunal de Contas como “órgão administrativo de inquirição permanente”, exercendo o controle externo, de ofício, “*a priori*, concomitante, e, *a posteriori*”, tanto na esfera jurídica como na extrajurídica, “atinentes à questão administrativa integral do Estado, com relação às receitas e despesas públicas”²⁷.

Os Tribunais de Contas, nos Estados que os adotam, exercem o controle externo da Administração Pública, no aspecto essencial de fiscalização financeira e orçamentária. Destarte, a análise dos Tribunais de Contas deve ter início com o estabelecimento da distinção entre controle interno e externo da Administração Pública, a partir da origem, do conceito, dos elementos e das formas de controle, conforme assevera Gualazzi²⁸.

Contudo, atualmente, faz-se necessário superar o conceito tradicional de controle administrativo-financeiro para se verificar um novo modelo que seja condizente com a boa governança pública. Os Tribunais de Contas precisam assumir o bom controle das contas públicas.

Assim, muito além da atribuição constitucional de controle das contas públicas, o Tribunal de Contas deve abarcar a tarefa de promover a boa governança no setor público.

Ferreira Junior e Olívio nomeiam de “bom controle público”

²⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 196.

²⁸ Ibid.

[...] uma nova *práxis* administrativa [que] conclama uma nova *práxis* de controle, que pode ser sintetizada na expressão *bom controle público*, signo de um controle racional, abrangente, substancial, eficiente, eficaz, focado em resultados, avesso a formalismos inúteis e ao burocratismo paralisante, que não se limite à legalidade, mas investigue a legitimidade da gestão por meio, inclusive, da sindicabilidade da discricionariedade administrativa²⁹.

O direito fundamental à boa administração e governança pública requer a adoção de modernas formas de gestão pública, acarretando uma evolução no controle, rompendo com determinadas estruturas normativas positivadas e com preconcepções acerca das instituições de controle para que se trabalhem arranjos institucionais ideais e uma concepção de justiça perfeita, causando efeitos positivos na boa governança pública.

Diante dos conceitos apresentados, podemos descrever o “bom controle público” como o controle interessado na materialidade dos princípios insculpidos na Constituição Federal, especialmente no que diz respeito à legalidade, legitimidade e economicidade. E, ainda, com as seguintes características: retrospectivo e prospectivo; reativo e proativo; vigoroso sem ser excessivo; repressor de más condutas e promotor de boas; que atue sobre os comportamentos omissivos e comissivos; salutar, dialógico, inteligente e racional; contextual e global, mas sem perder de vista as partes que formam o todo; imparcial, proporcional, substancial e profundo; que considere a seletividade e materialidade em suas análises; eficiente, eficaz e efetivo; focado em sustentabilidade e em resultados; avesso a formalismos desnecessários, mas sem desprezar a importância dos meios; que enfrente o demérito das escolhas por meio da sindicabilidade profunda da discricionariedade administrativa³⁰.

Ao conceituar o bom controle público, Ferreira Júnior tece, ainda, algumas considerações:

Um controle rigoroso, porém maleável; que estimule a criatividade e a inovação, sem gerar no administrador o temor na escolha das melhores

²⁹ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes; OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. O Controle das receitas públicas pelos Tribunais de Contas como corolário do princípio da justiça financeira e do direito fundamental à boa governança. In: **Direito e administração pública II**. Organização: CONPEDI/UFPB. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7468b046115fc3c>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

³⁰ FERREIRA JÚNIOR, Adircelio de Moraes. **O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais de boa governança**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. p. 135.

decisões; que não concentre as consequências da sua ação apenas na figura do gestor, mas que a distribua por toda a cadeia de responsabilidades da administração, gerando o comprometimento de todos; cuja visão não se limite ao curto prazo, contemplando o médio e longo termo em suas avaliações; preocupado com a transparência e a participação social; que contemple a integração, a coordenação e o compartilhamento da ação com outras instituições; moderno, atento e adepto às novas tecnologias; que consiga ser, ao mesmo tempo, causa e consequência da boa administração e governança pública, servindo de alimentador de práticas sadias na administração pública e também por elas nutrido³¹.

Nos dias atuais, discussões acaloradas, porém dentro da necessidade por parte dos gestores de se observar os orçamentos e metas públicas, e altas esperanças recaem sobre a atuação eficaz e íntegra dos Tribunais de Contas, que devem conduzir suas atividades dentro de elevados padrões profissionais, de forma a cumprir sua missão constitucional com total efetividade.

Moreira Neto aponta os padrões da eticidade e praticidade da administração pública atual com foco no resultado:

[...] sem que o resultado da atividade administrativa seja alcançado, o que vem a ser a efetiva entrega do serviço ou do bem pela Administração Pública ao cidadão, o ciclo de eticidade e de praticidade não está fechado. A legitimidade, como se exporá adiante, tem uma dimensão finalística, além da sua importante expressão originária, ligada à investidura dos agentes. Do mesmo modo, a eficiência tampouco se esgota com a satisfação, por parte dos gestores públicos, dos mais adequados e sofisticados procedimentos possíveis na atividade administrativa, com alocação sóbria e prudente de meios públicos e entrega dos resultados. É preciso, sobretudo, que o próprio resultado da gestão administrativa atenda às legítimas pretensões e necessidades dos administrados e o faça eficientemente, vale dizer, a legitimidade deve estar também nos fins e não apenas nos procedimentos, e os resultados também só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem eficientemente as finalidades constitucionalmente cometidas ao Estado. Como se pode observar, legitimidade e eficiência não são apenas requisitos internos da ação administrativa, mas devem ser também aferidas em função da satisfação dos anseios, expectativas e necessidades dos administrados, constitucionalmente assegurados, pois esta é a principal razão de ser das Constituições: o serviço das pessoas³².

Tal modelo de gestão pública moderna sugere a mudança de paradigmas do Poder Público com a utilização de novos modelos de gestão.

Em síntese, faz-se necessário que os Tribunais de Contas sejam entidades capazes de promover o “bom controle” dos recursos públicos, fomentando as boas práticas

³¹ Ibid.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 30.

na administração pública, de forma a se atingir seu mister constitucional de autêntico *Tribunal da Boa Governança Pública*.

2.5 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado Constitucional pode ser traduzido como Estado das escolhas administrativas legítimas e sustentáveis. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade irrestrita, intátil, desviante, imediatista. Em outras palavras, impõe-se combater os recorrentes vícios de arbitrariedade por ação e por omissão.

Nesse desiderato, o direito fundamental à boa administração pública é norma implícita de imediata eficácia em nosso sistema, a impelir o controle *lato sensu* a enfrentar a discricionariedade fora ou aquém dos limites.

Assim, não se admite o exercício da discricção por meio da simples alegação de conveniência ou oportunidade, sobremodo se afetados direitos. Impõe-se uma consistente (intertemporalmente) e coerente (valorativamente) justificação das escolhas administrativas³³.

Como afirma Juarez Freitas, a discricionariedade precisa estar vinculada às prioridades constitucionais de larga escala. Nessa ordem de ideias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, assume ilícita atitude senhorial e patrimonialista. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao promover aquilo que os princípios constitucionais entrelaçadamente prescrevem, de sorte a viabilizar as pautas do desenvolvimento sustentável³⁴.

Nenhuma escolha administrativa se mostra indiferente. Legítima será apenas a liberdade exercitada em conformidade com as regras e, acima delas, com os princípios e objetivos fundamentais da Constituição. Fora daí, cristaliza-se, em maior ou menor grau, a desconcertante arbitrariedade por ação ou omissão.

³³ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed., refundida e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 13.

³⁴ Ibid.

Nessa esteira, Juarez Freitas propõe as seguintes premissas centrais da boa governança: (a) não existe discricionariedade administrativa imune a controles democraticamente estabelecidos, no atinente a meios, processos e efeitos; (b) no plano concreto, a escolha produtiva tem de se mostrar fortemente alinhada com métricas e programas de Estado Constitucional, mais do que de governo; (c) há grave vício jurídico, decorrente da inoperância ou da inércia dos poderes discricionários, quando determinada política, sem justa causa, recai na famigerada procrastinação; e (d) a escolha de consequências (benefícios diretos e indiretos) tem de levar em conta a multidimensionalidade do desenvolvimento almejado, não apenas a vertente econômica³⁵.

O Estado-Administração das escolhas públicas legítimas deve-se caracterizar, sobretudo, pelo hábito de compatibilizar o desenvolvimento e a sustentabilidade, em vez de ser um aparato tendente a excessos e a omissões³⁶.

Nos processos de contas, que se desenrolam perante os Tribunais de Contas, o bem jurídico tutelável consubstancia-se no direito do qual a coletividade é dotada de receber a melhor administração por parte dos gestores da *res publica*, sobretudo no que tange ao adequado emprego dos recursos públicos. No ordenamento jurídico brasileiro, em função da forte matriz constitucional de normas aplicáveis à Administração Pública, pode-se dizer, como assenta Ingo Wolfgang Sarlet, que a Constituição Federal de 1988 também prevê um direito fundamental à boa administração:

Diria que a Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Todos nós sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração. Então, diria que a nossa Constituição, na verdade, já antes da Carta da União Europeia, pelo menos

³⁵ Ibid., p. 15.

³⁶ Cf. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

no âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Europeia³⁷.

Esse detalhamento principiológico e por meio de regras que a Constituição Federal realiza torna possível identificar a existência de um direito à boa administração previsto constitucionalmente.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao inserir entre os princípios gerais do direito administrativo o princípio da boa administração, observa que ele se traduz num direito de cidadania:

A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado – implícito na cidadania³⁸.

O Estado Democrático, em sua crescente afirmação da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, como transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

Observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. No conceito proposto, abrigam-se, conforme assenta Juarez Freitas, entre outros, os seguintes direitos:

(a) *o direito à administração pública transparente*, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não definitivamente), com especial destaque para o direito a informações inteligíveis, inclusive sobre a execução orçamentária e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos;

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os Direitos Fundamentais**. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [on line]. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis>>. Acesso em: 25 jan. de 2017.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 119.

- (b) o *direito à administração pública sustentável*, que implica fazer preponderar, inclusive no campo regulatório, o princípio constitucional da sustentabilidade, que determina a preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos, de molde a assegurar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar multidimensional;
- (c) o *direito à administração pública dialógica*, com amplas garantias de contraditório e ampla defesa – é dizer, respeitadora do devido processo, com duração razoável e motivação explícita, clara e congruente;
- (d) o *direito à administração pública imparcial e deserviesada*, isto é, aquela que, evitando os desvios cognitivos, não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas;
- (e) o *direito à administração pública proba*, que veda conduta éticas não universalizáveis, sem implicar moralismo ou confusão entre o legal e o moral, uma vez tais esferas não se vinculam, mas são distintas;
- (f) o *direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada*, ou seja, que não se rende à “absolutização” irrefletida das regras;
- (g) o *direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz* (não apenas economicamente eficiente), eis que comprometida com resultados compatíveis com os indicadores de qualidade de vida, em horizonte de longa duração³⁹.

Tais direitos não excluem outros, pois se cuida de “*standard* mínimo”. Por certo, precisam ser tutelados em bloco, no intuito de que a discricionariedade não conspire letalmente com o aludido direito fundamental à boa administração.

Em outras palavras, as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.

Nessa esteira, a convicção de que a tutela dos direitos importa ser perfectibilizada de maneira adequada, tempestiva e eficaz tem origem nos valores e princípios instituidores do Estado Constitucional, e o direito à boa administração pública por certo está inserido nesse rol. Assim, com absoluta tranquilidade pode-se afirmar que a finalidade da concessão de medidas de natureza provisória no âmbito dos

³⁹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed., refundida e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 21-22.

Tribunais de Contas é assegurar a preservação do direito fundamental à boa administração.

Scapin observa a importância de se ter em mente que

[...] o direito à boa administração pública é sempre coletivo, mas pode igualmente se constituir, por vezes, como direito individual específico de pessoas naturais ou jurídicas, como é o caso, por exemplo, de uma empresa licitante que deseja ver respeitada a legislação, por parte do Poder Público, para satisfazer seu direito a participar de justa concorrência pública; ou de uma pessoa cuja classificação em concurso público não teve a ordem de chamamento respeitada e pretende realizar seu direito à nomeação⁴⁰.

Por conseguinte, o exercício da função estatal de controle externo realizado pelos Tribunais de Contas por intermédio dos processos de contas deve contar com os instrumentos adequados para assegurar a efetiva prestação jurisdicional do referido direito, concretizando, assim, a teoria da processualidade ampla. Logo, a tutela do bem jurídico resguardado pelo processo de contas deve dispor de técnicas processuais adequadas, temporâneas e satisfatórias.

⁴⁰ SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas:** das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 153-154.

3 OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

A princípio, faremos um breve histórico do surgimento e evolução dos Tribunais de Contas no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se possibilite fixar assertivamente a natureza de sua função fiscalizatória e as competências dela decorrentes.

No Brasil, vem desde o Primeiro Império a ideia de se criar um órgão para controlar e fiscalizar as finanças públicas, muito embora somente na Primeira República é que se tenha concretizado tal desiderato.

Há autores que consideram como germe da criação do Tribunal de Contas no Brasil o alvará expedido em 1808 pelo Príncipe Regente – depois D. João VI –, em que se instituiu o Tesouro Real Público (ou Erário Régio) e o Conselho da Fazenda do Rio de Janeiro.

Com a independência e emancipação do Brasil, e o início do ciclo imperial de D. Pedro I, ocorreram diversas modificações políticas e sociais, no alvorecer das ideias do liberalismo. A Constituição de 1824 estabeleceu o regime da monarquia constitucional, significando, indubitavelmente, grande avanço em nossa história política. E com ela vieram os princípios regentes da administração da Fazenda Nacional, com a instalação de um Tribunal sob o nome de Tesouro Nacional, que se encarregaria da receita e da despesa da Nação, e estabeleceria a obrigatoriedade da votação anual do Orçamento e da Lei de Tomada de Contas, conforme rezavam os seus arts. 170 e 172, *ipsis litteris*:

Art. 170. A receita e a despesa será encarregada ao Tribunal debaixo do nome de Tesouro Nacional, onde em diversas estações devidamente estabelecidas em lei se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade em recíproca correspondência com a Tesouraria e autoridade do Império [sic].

Art. 172. O Ministro do Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros ministros os orçamentos relativos a despesas de suas repartições, apresentará na Câmara dos Deputados, anualmente, logo que esta estiver reunida, um balanço geral da receita e da despesa do Tesouro do ano antecedente, igualmente o orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro e da importância de todas as contribuições e rendas públicas [sic].

Dessa forma, caberia à Câmara dos Deputados, pelos arts. 37 e 102 daquela Constituição, “O exame da administração passada e a reforma dos abusos nela introduzidos e a discussão da proposta feita pelo Executivo [...]”, competindo a este “[...] decretar a aplicação dos rendimentos destinados pela Assembleia geral aos vários ramos da pública administração”.

Esse Tribunal, inserido nas hostes do Executivo, não dispunha de autonomia, mas, sim, constituía-se num mero órgão ao qual cumpria regular a arrecadação e contabilidade em recíproca correspondência com o Tesouro e autoridade do Império.

Historicamente, os Tribunais de Contas surgem, no Brasil, no momento em que acaba o período monárquico para se iniciar o período Republicano. Nesta época, fizeram-se necessárias a ampliação e a reformulação das instituições do Estado para se adequarem ao novo modelo.

Segundo relata Cury Neto, no Brasil, “a tentativa de instituir Tribunal de Contas surgiu pela primeira vez em 1826, por ideia dos Senadores do império, Visconde de Barbacena e José Inácio Borges”⁴¹.

O delineamento desse órgão, defendido por José Inácio Borges, seria composto de “[...] homens pobres e independentes e a quem ficaria incumbido o exame das contas para a sua consequente apresentação ao corpo legislativo”⁴².

Referido projeto foi, no entanto, combatido por Manuel Jacinto Nogueira (Visconde de Baependi), que, inobstante sua oposição, pugnava por um Tribunal mais forte e eficiente.

Assim, “[...] não obstante as tentativas, o Império não teve seu Tribunal de Contas, ideia que só ganhou força com a proclamação da República em 1889”⁴³.

Após a proclamação da República, o Decreto n. 966-A, datado de 7 de novembro de 1890, criou o Tribunal de Contas da União por iniciativa de Rui Barbosa, que, à época, ocupava o cargo de Ministro da Fazenda.

⁴¹ CURY NETO, Michel. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 25.

⁴² COELHO, Jurandyr. Tribunal de Contas como Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Público**, DASP, 1958. p. 8.

⁴³ CURY NETO, loc. cit.

Os Tribunais de Contas adquiriram o *status* constitucional com a Constituição de 1891, que, em seu art. 89, instituiu o Tribunal de Contas da União, com as funções de liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Deixou, porém, para a legislação ordinária a sua organização disciplinar, o que ocorreu verdadeiramente em 17 de janeiro de 1893, por força do Decreto n. 1.166, de 17 de dezembro de 1892, “[...] quando se iniciou a fiscalização das contas públicas, de forma independente do Poder Executivo, num modelo bastante influenciado pelo francês”⁴⁴.

Assinala Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que,

[...] valendo-se de autorizações que lhe dera o Congresso Nacional pela Lei 23, de 30.10.1891, para organizar os serviços dos Ministérios, e pela Lei 26, de 31.12.1891, para organizar as repartições da Fazenda, o Poder Executivo promulgou o Decreto 1.166, de 17.12.1892, em que cogitou do Tribunal de Contas previsto pelo texto constitucional. Deu-lhe a competência de exame prévio das contas do Executivo e o poder de veto absoluto, quanto às despesas, e, outrossim, conferiu-lhe a atribuição de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou valores públicos, emprestando às decisões força de sentença, uma vez lhe reconhecia que nessa função atuava como Tribunal de Justiça⁴⁵.

Posteriormente, todas as demais Constituições foram estabelecendo as linhas fundamentais desse órgão institucional, que atingiu seu ponto culminante com a Constituição de 1946, dadas as suas relevantes e independentes atribuições conferidas por seu art. 77, que logo caiu com o advento da Constituição Federal de 1967, que previu ao lado do controle externo o sistema de controle interno do Poder Executivo.

Através da Constituição de 1934, foram atribuídas aos Tribunais de Contas definições mais delimitadas de suas atividades, consignadas nos artigos 99 a 102, tais quais como proceder ao acompanhamento da execução orçamentária, registrar previamente as despesas e os contratos, julgar as contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos, além de apresentar parecer prévio sobre as contas do Presidente.

⁴⁴ CURY NETO, Michel. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 25.

⁴⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas funções**. RDP 73/181. p. 182.

A Constituição de 1937 ampliou a atribuição do Tribunal de Contas, conferindo-lhe a competência para acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, bem como para aferir a legalidade dos contratos celebrados pela União, inserindo os Tribunais de Contas na seara do Poder Judiciário.

Por intermédio da Constituição de 1946, o Tribunal de Contas foi inserido pela primeira vez no capítulo que tratava do Poder Legislativo, considerando-o como órgão auxiliar do Congresso Nacional. Neste momento, ampliaram-se um pouco mais as competências dos Tribunais de Contas, passando a integrar esse rol de atribuições o dever de julgar a legalidade das concessões de aposentarias, reformas e pensões, além de examinar as contas das autarquias e a legalidade dos contratos administrativos.

Para Cury Neto ⁴⁶, a partir de 1946, as Constituições brasileiras passaram a tratar do Tribunal de Contas no capítulo destinado ao Poder Legislativo, de forma que tanto na Constituição de 1967 como na Emenda Constitucional n. 1 de 1969, os Tribunais de Contas foram disciplinados em seção integrante do capítulo do Poder Legislativo, mas especificamente destinada à fiscalização financeira e orçamentária. Cumpre registrar que as alterações promovidas no texto constitucional de 1967 diminuíram substancialmente as prerrogativas do Tribunal de Contas, que só voltaram a ser elevadas por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1967, ratificada pela emenda Constitucional n. 1 de 1969, manteve o Tribunal de Contas no capítulo que trata do Poder Legislativo, realçando sua função de órgão auxiliar.

A Constituição Federal atualmente em vigor tratou do Tribunal de Contas na Seção IX, do Capítulo I, do Título IV, especificamente nos artigos 70 a 75, conservando-o junto ao Poder Legislativo. Nesse momento, os Tribunais de Contas receberam a missão de exercer a fiscalização contábil, orçamentária e financeira, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à

⁴⁶ CURY NETO, Michel. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 26.

legalidade, à legitimidade e à economicidade e fiscalização da aplicação das subvenções e renúncias de receitas.

Conforme registra Cury Neto, “além do exame sob o aspecto da legalidade, introduziu a competência para avaliar os aspectos da legitimidade e economicidade dos atos da Administração Pública direta e indireta”⁴⁷. Mais ainda, estabeleceu a obrigatoriedade da prestação de contas de qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos.

Observa-se, destarte, ao longo dos anos, um constante aperfeiçoamento e expansão das competências atribuídas aos Tribunais de Contas, o que reflete o clamor da população por um efetivo controle dos gastos públicos, com a melhoria da gestão pública como forma de respeito aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que, hodiernamente, no Brasil, além do Tribunal de Contas da União, existem 26 Tribunais de Contas Estaduais, Tribunais de Contas dos Municípios dos Estados de Goiás, Bahia, Ceará e Pará, Tribunal de Contas do Distrito Federal e Tribunais de Contas Municipais de São Paulo e Rio de Janeiro.

3.1 A NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A posição ocupada pelos Tribunais de Contas em relação aos poderes e funções do Estado é tema amplamente discutido na doutrina, com o intuito de situar, no âmbito da estrutura do Estado, a posição dos órgãos de controle ou Tribunais de Contas.

Citadini⁴⁸ afirma que essa discussão acerca da posição constitucional dos órgãos de controle externo é frequente em países que têm grandes mudanças na organização política.

⁴⁷ CURY NETO, Michel. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 26.

⁴⁸ CITADINI, Antônio Roque. **O Controle externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 25.

Inicialmente, faz-se necessário observar a situação dos Tribunais de Contas sob o prisma da separação dos poderes ou da distribuição de funções que formam a base do surgimento e do desenvolvimento do Estado, como forma de limitação do poder estatal em relação ao indivíduo, através da sua partição entre os vários agentes públicos, evitando eventuais abusos inerentes a um poder concentrado⁴⁹.

Além disso, vale frisar que a divisão das funções estatais, como especialização de tarefas, traz em seu bojo uma ideia de maior efetividade e eficiência da atuação estatal.

Embora de inegável importância histórica, especialmente na noção de Estado Democrático de Direito, não se revela eficaz para a formação do Estado atual que abarca a globalização e a complexidade da sociedade contemporânea.

Surge, assim, a necessidade de revisão da teoria clássica tripartite, com a finalidade de aprimoramento do Estado, de forma a enfrentar-se os novos desafios propostos.

Como parte da mudança, surge a questão do posicionamento dos Tribunais de Contas como órgãos de controle, na arquitetura tradicional dos poderes estatais, como fruto de um conservadorismo jurídico histórico.

Existem três correntes doutrinárias que posicionam de forma distinta o Tribunal de Contas dentro do arquétipo atual dos poderes estatais. Uma delas, liderada por José Luiz de Aranha Mello, entende que o Tribunal de Contas pertence ao Poder Judiciário, exercendo, assim, uma parte da jurisdição. Dal Pozzo informa que as decisões dos Tribunais de Contas se assemelhariam às decisões do Poder Judiciário, e seus integrantes seriam equiparados aos membros da magistratura, gozando de suas prerrogativas, que os possibilitam agir com independência⁵⁰.

O segundo posicionamento inclui os Tribunais de Contas no âmbito do Poder Executivo. Tal entendimento é defendido por Antônio Roque Citadini ao asseverar que

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 219-220.

⁵⁰ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010. p. 103.

[...] no Brasil, durante o regime ditatorial de Getúlio Vargas, as funções de controle dos atos da Administração passaram para órgãos vinculados à Fazenda Pública. Seus membros eram indicados pelo Chefe do Poder Executivo e suas competências eram bastante restritas, até porque numa ditadura o poder é todo do Executivo⁵¹.

Frise-se que, atualmente, o sistema de vinculação dos Tribunais de Contas ao Executivo somente é vigente em países como Guiné Bissau, São Tomé e Príncipe e Sudão. Nos países do Leste Europeu, como a Bulgária, Hungria e Romênia, com o fim do regime comunista e a reorganização das instituições, os órgãos de controle e fiscalização deixaram de pertencer ao Poder Executivo⁵².

A terceira corrente entende que os Tribunais de Contas pertencem ao Legislativo. O expoente dessa corrente é Michel Temer⁵³, que diz que os Tribunais de Contas pertencem ao Legislativo, atuando como órgãos auxiliares.

Em alguns países, os Tribunais de Contas são uma espécie de departamento de auditoria do parlamento, sendo mera assessoria do órgão legislativo, sem autonomia. Em outros países, embora com autonomia, os órgãos de controle permanecem vinculados ao Legislativo, como é o caso do *General Accounting Office* (GAO), nos Estados Unidos, e do *National Audit Office* (NAO), na Inglaterra⁵⁴.

Indispensável considerar, portanto, a controvérsia que existe quanto à natureza jurídica desse órgão, uma vez que não integra efetivamente nenhum dos três Poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário), posto que figure no texto constitucional como auxiliar do Poder Legislativo.

A respeito da matéria, vários juristas já se manifestaram, ora defendendo sua natureza jurisdicional, ora sua natureza administrativa, ou até mesmo jurisdicional administrativa, tendo em vista sua competência constitucional para julgar as contas, nos termos do supracitado art. 71 da Constituição Federal, bem como a atribuição, também constitucional, a algumas decisões dos Tribunais de Contas, da eficácia de título executivo, conforme preceitua o art. 71, § 3º.

⁵¹ CITADINI, Antônio Roque. **O Controle externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 25.

⁵² DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010. p. 103.

⁵³ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 134.

⁵⁴ DAL POZZO, loc. cit.

Tal qual se depreende do art. 44 da Constituição Federal, embora o Poder Legislativo seja considerado o titular do controle externo, observa-se que o Tribunal de Contas não faz parte da sua estrutura, uma vez que o Legislativo é formado unicamente pela Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Conforme ensina Hélio Saul Mileski,

Assim, embora organicamente participe do Poder Legislativo, pela sua autonomia e independência fixada constitucionalmente, tendo em conta as competências específicas que são exercidas pelos três Poderes do Estado, pode-se dizer que o Tribunal de Contas, sem ser Poder, ficou com o poder de fiscalizar o Poder, agindo em nome do Estado em favor da sociedade, no sentido de preservar a regularidade da aplicação dos dinheiros públicos, com atendimento do interesse público⁵⁵.

Segundo Carlos Ayres Britto, do ponto de vista sistemático-constitucional, a Constituição Federal de 1988 fez da função de controle a quarta função elementar do Estado. Embora o artigo 71 da Constituição preveja que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do TCU, não há nessa passagem qualquer relação de subalternidade ou submissão desta instituição sobre o titular do Poder⁵⁶.

O Ministério Público e o TCU são instituições com poder de autogoverno que estão, sob a ótica funcional, fora do esquema da tripartição dos Poderes, pois constituem as únicas instituições de controle que fiscalizam todos os Poderes, não podendo se subordinar funcionalmente a nenhum deles.

Corroborando o entendimento, Carlos Ayres Britto afirma:

O Tribunal de Contas possui regime jurídico constitucional, o recorte de sua silhueta nasce das pranchetas da Constituição. Assim, não seriam estas casas de órgãos do Poder Legislativo e quem diz isso é a própria Constituição, quando no artigo 44 prescreve que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O Poder Legislativo é formado exclusivamente por suas casas legislativas e o Tribunal de Contas, definitivamente, não se inclui entre elas⁵⁷.

⁵⁵ MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 205.

⁵⁶ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 59.

⁵⁷ Ibid.

De forma mais específica, Miranda analisou a questão levando em consideração a discussão sobre a amplitude que se daria aos Tribunais de Contas na Constituinte. Segundo o pesquisador, “a questão da vinculação ou não do Tribunal de Contas ao Poder Legislativo, bem como o exercício do controle externo eram pontos não muito claros para os constituintes”⁵⁸.

Miranda ressalta que dentre as três principais mudanças que ocorreram na Constituição Federal de 1988 está “o fortalecimento da organização, com o reforço de sua autonomia e independência, não ficando vinculado a nenhum dos Poderes, como já não o era, desde quando foi fundado em 1891”⁵⁹.

Embora seja um órgão desvinculado do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas interage com os Poderes constituídos. Relaciona-se com o Poder Legislativo, no auxílio do exercício do controle externo ou na realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos e entidades da administração direta e indireta de qualquer dos Poderes, e no Ministério Público.

Sobre a interação entre o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo, Moreira Neto afirma:

Ora, se o Poder Legislativo, que é o poder político *par excellence*, como já o definia Cooley, por ser o órgão máximo de representação democrática, se deve valer necessariamente da atuação coadjuvadora do Tribunal de Contas, duas conclusões parciais podem ser retiradas.

A primeira, de que a Constituição instituiu uma distinção estrutural de cunho político entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas; e o fez, não só por estar a mencioná-los separadamente, o que seria um dado puramente formal, como, e principalmente, por que quis estabelecer entre ambos uma relação, que não sendo paritária nem, tampouco, de hierarquia ou de subordinação, só pode ser de cooperação, o que claramente se expressa na voz auxílio (art. 71, *caput*).

Segundo, como o *caput* é genérico, e se refere irrestritamente a controle externo, deve-se concluir, *a priori*, que essa cooperação foi preconizada também genericamente, o que vale dizer que, embora não tendo toda a amplitude prevista no art. 49, IX e X, da Constituição, e de aparecer limitada por um rol de atribuições específicas [...] (muito discricionárias), é inegável

⁵⁸ MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança institucional do Tribunal de Contas**: oito modelos debatidos na Constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização no Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 104.

⁵⁹ Ibid.

que a função de cooperação compartilha a mesma natureza política de controle exercido pelo órgão assistido⁶⁰.

Há, todavia, um posicionamento divergente das três correntes apontadas, que se entende ser o mais correto – e ao qual nos filiamos. Essa parcela da doutrina é capitaneada por Odete Medauar⁶¹, que trata os Tribunais de Contas como órgãos independentes, de matriz constitucional, que não se vinculam a nenhum dos Poderes do Estado.

Atualmente, os Tribunais de Contas no Brasil são órgãos independentes, de matriz constitucional, desligados de todos os Poderes, prestando auxílio ao Poder Legislativo nas situações determinadas por lei.

A Constituição de 1988 atribui ao Poder Legislativo a função de controle externo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, que são órgãos tecnicamente preparados para essa função estatal.

Vejamos o que diz a respeito Odete Medauar:

A Constituição Federal, que em artigo algum utiliza a expressão “órgão auxiliar”, dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio do Poder responsável, em última instância, por essa fiscalização⁶².

E continua:

Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente⁶³.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-DIOGO.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016. p. 23.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁶² MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, ano 27, n.108, 1990. p. 140.

⁶³ *Ibid.*, p. 141.

Os Tribunais de Contas são qualificados com independência pela própria Constituição Federal, que lhes atribui competências de controle e fiscalização. Ao exercer o auxílio do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas não lhe é subordinado e nem mesmo a nenhum dos demais Poderes. Exerce, sim, o papel de colaborador de todos os Poderes.

Sustentando a tese defendida, menciona-se Ricardo Lobo Torres:

O Tribunal de Contas, a nosso ver, é órgão auxiliar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política: auxilia o Legislativo no controle externo, fornecendo-lhe informações, pareceres e relatórios; auxilia a Administração e o Judiciário na autotutela da legalidade e no controle interno, orientando a sua ação e controlando os responsáveis por bens e valores públicos. Rui Barbosa já lhe indicava essas características ao defini-lo como "um mediador independente posto de permeio entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, auxiliar de um e outro, que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um voto oportuno". É imersa a doutrina, assim brasileira que estrangeira, favorável à colocação do Tribunal de Contas como órgão auxiliar dos Poderes do Estado, principalmente do Legislativo e do Executivo. Demais disso, o Tribunal de Contas auxilia a própria comunidade, uma vez que a Constituição Federal aumentou a participação do povo no controle do patrimônio público e na defesa dos direitos difusos. O Tribunal de Contas, por conseguinte, tem o seu papel alargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes⁶⁴.

Ressalta-se mais uma vez que a palavra auxílio deve ser entendida não como subordinação, mas como colaboração que o Tribunal presta aos três Poderes do Estado. Sem que houvesse independência, os Tribunais de Contas não poderiam exercer as suas funções e finalidades.

Ainda nessa esteira, sobreleva trazer à colação o posicionamento de Anderson Sant'Ana Pedra acerca da dicção legal do art. 71 da Constituição Federal, que prescreve que a função fiscalizatória será exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas. Para o referido autor, a expressão "auxílio" utilizada no *caput* do art. 71 não tem o poder de fazer do Tribunal de Contas um órgão

⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1. p. 127.

“auxiliar” do Legislativo, considerada sob o aspecto de subalternidade ou de inferioridade⁶⁵.

Pedra fundamenta sua posição afirmando não ser possível aceitar um aspecto de subalternidade ou de inferioridade do Tribunal de Contas ante o Poder Legislativo, haja vista que os Tribunais de Contas possuem, entre outras, “[...] a competência constitucional de julgar as contas dos administradores da coisa pública (cf. art. 71, II), inclusive os administradores do Legislativo, além de poder ‘sustar’ (art. 71, X) os atos desses gestores [grifos do autor]”⁶⁶.

Assim, ao passo que o art. 71 da Constituição Federal especifica “[...] nos seus incisos e parágrafos as competências do Tribunal de Contas [...]”, pode-se concluir “[...] que o Tribunal de Contas é também um *órgão constitucional de soberania* [grifo do autor], com a mesma estatura constitucional dos chamados ‘poderes’ Executivo, Legislativo e Judiciário [...]”, uma vez que “[...] sua competência [se] origina da mesma fonte que os demais ‘poderes’ [...]”, concluindo o autor que o argumento de que o Tribunal de Contas integra o Legislativo é de todo incorreto, tendo como utilidade apenas perdurar a teoria tripartite de Montesquieu⁶⁷.

Nesse contexto, Pedra⁶⁸, citando José Joaquim Gomes Canotilho, utiliza-se da expressão “órgãos constitucionais de soberania” para designar os órgãos estatais:

[...] (1) cujo *status* e competência são imediata e fundamentalmente “constituídos” pela constituição; (2) dispõem de um poder de auto-organização interna; (3) que não estão subordinados a quaisquer outros; (4) que estabelecem relações de interdependência e de controlo em relação a outros órgãos igualmente ordenados na e pela constituição. O facto de o seu *status* e competência derivar directamente da constituição leva os autores a considerá-los como *órgãos imediatos*. Não basta, pois, que eles sejam “mencionados” na constituição; as suas competências e funções devem resultar, no essencial, da lei fundamental⁶⁹.

⁶⁵ PEDRA, Anderson Sant’Ana. Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu – Uma conta que não fecha. **Biblioteca Digital Fórum de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ PEDRA, Anderson Sant’Ana. (Im)possibilidade do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas: uma análise da Súmula n. 347 do STF. In: ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim (Coord.). **Direito processual e administração pública**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 17-50.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 549.

Destarte, compartilhamos do entendimento esposado por Anderson Pedra no sentido de que os Tribunais de Contas no Brasil, por força da sua previsão constitucional (art. 71, *caput*), do elenco das suas competências (art. 71, I a XI) e por não estarem subordinados a nenhum outro órgão constitucional, tratam-se, na verdade, de órgãos constitucionais de soberania, assim como os demais órgãos constitucionais de soberania rotulados pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º⁷⁰.

3.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS PROCESSOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A natureza do processo que tramita nos Tribunais de Contas como meio para o exercício de suas atividades não é um tema nítido na esfera das discussões jurídicas. Nada obstante a sua ocasional classificação doutrinária e jurisprudencial, feita tão somente por intermédio de mera qualificação, a escolha que exponha e justifique as razões conducentes à respectiva conclusão segue carecendo, no entanto, de sólido embasamento.

Segundo Scapin,

A definição da natureza jurídica dos processos dos Tribunais de Contas deve passar pelo mesmo caminho percorrido até se chegar à conclusão sobre a natureza de suas decisões: num primeiro momento, importa a identificação de natureza jurídica própria e específica, para, num segundo momento, avaliar os efeitos que disso decorre⁷¹.

Nessa esteira, oportuno se faz esclarecer que uma parcela da doutrina classifica o processo que tramita perante os Tribunais de Contas como administrativo. Valdecir Pascoal, representante dessa corrente, assevera que a “atuação do Tribunal de

⁷⁰ PEDRA, Anderson Sant’Ana. (Im)possibilidade do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas: uma análise da Súmula n. 347 do STF. In: ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim (Coord.). **Direito processual e administração pública**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 17-50.

⁷¹ SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas**: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 88.

Contas se consubstancia por meio de processo administrativo”⁷², além de trazer à colação que Hely Lopes Meirelles denomina de processo administrativo de controle

[...] aquele em que a Administração realiza verificações e declara situação, direito, conduta do administrado ou servidor, com caráter vinculante para as partes. Quando neles se deparam irregularidades puníveis, exige-se o contraditório e a ampla defesa⁷³.

Pascoal colmata que esse é o processo que se desenvolve nos Tribunais de Contas, ressaltando, entretanto, que há determinadas peculiaridades tocantes ao processo de controle, particularmente no que tange à desnecessidade de ampla defesa e contraditório na primeira fase da instrução processual, intitulada “fase investigatória”.

No entender de Scapin, da explicação supracitada podem-se extrair três possíveis classificações relativas à natureza jurídica dos processos que tramitam nos Tribunais de Contas, quais sejam, a de processo administrativo, de processo administrativo de controle e a de processo administrativo de controle com particularidades⁷⁴.

Decerto, tal como são próprias as características de sua função estatal, o processo que se desenvolve perante os Tribunais de Contas recobre-se de singularidades. É plausível, ademais, que cada função estatal seja operada por intermédio de processo dotado de natureza jurídica própria, diversa da natureza jurídica dos processos relacionados às outras funções estatais.

Nesse diapasão, importa cotejar o marco teórico da processualidade ampla, originalmente sustentada pelo austríaco Adolfo Merkl, defensor de que o processo deve coexistir no exercício de todas as funções do Estado, e não apenas na função jurisdicional⁷⁵.

⁷² PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 142.

⁷³ Ibid., p. 143.

⁷⁴ SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 88-89.

⁷⁵ Cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 1. p. 22; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Org.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 482.

Odete Medauar afirma que “compete ao direito administrativo o estudo das peculiaridades da processualidade administrativa, porque esta diz respeito ao exercício da função administrativa”⁷⁶, admitindo, assim, a conexão de identidade que há entre as naturezas da função estatal e o respectivo processo que a exprime.

Haja vista, portanto, a tese de que o controle externo representa função autônoma e específica, mais conveniente se faz denominar própria e diferenciadamente o processo pelo qual os Tribunais de Contas exercem suas atividades de função de controle externo. Nesse sentido, opta-se por identificá-lo como processo de contas, acorde com expressão registrada por Carlos Ayres Britto:

[...] os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. [...] Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as Instituições de Contas não julgam da própria atividade (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim. Sua atuação é consequência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em que medida⁷⁷.

Vem a propósito o assinalamento de que parte da doutrina o denomina de processo de controle, como o fazem Rachel Campos Pereira de Carvalho e Henrique de Paula Kleinsorge⁷⁸.

Contudo, a identificação da classificação do processo de controle externo mostra-se menos essencial do que lhe admitir a natureza peculiar que possibilite a atuação-fim dos Tribunais de Contas, reconhecidamente diversa, destarte, da natureza do processo administrativo e, do mesmo modo, da natureza do processo do judicial.

3.3 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 23.

⁷⁷ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 10.

⁷⁸ Cf. CARVALHO, Rachel Campos Pereira de; KLEINSORGE, Henrique de Paula. A cautelaridade nos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 83, n. 2, abr./jun. 2012.

A Constituição Federal de 1988 ampliou as competências e atribuições conferidas aos Tribunais de Contas, tanto de forma qualitativa, quanto de forma quantitativa, especialmente em razão da progressiva exigência de controle dos gastos públicos. Além do exercício da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cabe aos Tribunais realizar auditorias e inspeções em todos os órgãos públicos e em qualquer esfera de poder.

A Constituição de 1988 tratou dos Tribunais de Contas nos artigos 70 e seguintes, compreendendo a competência política, quando atua no auxílio ao Poder Legislativo, e a técnica, quando atua de forma individualizada. No art. 71, a Constituição Federal prevê a existência do Tribunal de Contas da União, com suas competências e atribuições, a saber: judicante, fiscalizadora, opinativa, consultiva, normativa, informativa, sancionadora, corretiva, auto-organizativa, entre outras.

Sem dúvida, a mais destacada inovação trazida pela Constituição de 1988 foi a contida no art. 70, que estabelece a abrangência da fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial sobre os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas. Ademais, de acordo com o dispositivo mencionado, tal fiscalização compete ao Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema interno de cada Poder.

O art. 71 da Constituição Federal prevê que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do TCU, e elenca as competências deste Tribunal. O art. 75 da CF/1988, convém ressaltar, estende as normas relativas ao Tribunal de Contas da União aos demais Tribunais de Contas, no que couberem, aplicando-se, assim, o princípio da simetria. Segundo preceitua o referido dispositivo constitucional, o padrão determinado para a organização, composição e fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União será justaposto aos Tribunais de Contas estaduais e municipais.

Previamente à análise pormenorizada do rol de competências definidas no texto constitucional, em seu artigo 71, importa caracterizar o termo “competência” como o feixe de atribuições reservadas a determinado órgão, entidade ou servidor, assegurando-lhes a titularidade do poder e a consequente capacidade de exercer

suas funções, ou seja, é a aptidão prevista constitucional e legalmente para o agir estatal, mediante seus órgãos, entidades ou agentes públicos.

Os Tribunais de Contas são órgãos essenciais para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da democracia brasileira, uma vez que são responsáveis por assegurar a boa administração da *res publica* mediante o controle externo, que é exercido com fundamento nas competências que lhes foram conferidas pela Constituição Federal.

Assim, é coerente afirmar que seu perfil normativo brota da Constituição Federal, que no *caput* do art. 71 estabelece que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, enumerando, ainda, onze incisos nos quais são descritas, minuciosamente, suas competências originárias.

O legislador constituinte fixou com precisão o rol das competências exclusivas atribuídas aos Tribunais de Contas. Sobreleva afirmar que a Constituição Federal, ao estabelecer as competências dos Tribunais de Contas, não reservou espaço para a sua complementação por lei infraconstitucional, é dizer, o constituinte guardou para si a representação do controle externo, não abrindo possibilidade à retomada da matéria por via legislativa.

Dentre as competências fixadas, algumas estão revestidas de caráter subsidiário, auxiliar, objetivando colaborar com os atos de fiscalização e controle praticados pelo Poder Legislativo; as demais – a maior parte, ressalte-se –, de seu turno, são hipóteses de execução direta pelos Tribunais de Contas, conforme previsão do texto constitucional.

A seguir, tais competências serão consideradas em seus aspectos singulares.

3.3.1 Apreciação das contas anuais do chefe do Executivo

A Constituição Federal de 1988 confere ao Tribunal de Contas a competência para emitir parecer prévio sobre a prestação de contas do chefe do Executivo, e ao Poder Legislativo Municipal a competência para julgá-las, *ipsis litteris*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

[...]

Da observação do dispositivo transcrito depreende-se que se trata de competência autônoma do Tribunal de Contas, de forma que não se prende à análise da legalidade e economicidade das contas do chefe do Poder Executivo, como também à legitimidade. O parecer do Tribunal de Contas tem natureza opinativa, isto é, as disposições nele contidas não são obrigatórias, não são aplicadas de forma coercitiva. Na análise das contas do chefe do Executivo, o Tribunal de Contas pode acatá-las, emitindo o parecer prévio pela aprovação, ou reprová-las, hipótese em que o parecer será pela reprovação das contas anuais do gestor.

Explicando a natureza jurídica do parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas, Hélio Mileski assenta que,

Enquanto nos âmbitos federal e estadual o parecer prévio do Tribunal de Contas possui um caráter puramente técnico-opinativo, no âmbito municipal ele se altera para um conteúdo de efeito decisório e quase que vinculativo para o Poder Legislativo. Para os Municípios, ao contrário do fixado para o Presidente da República e Governadores, a Constituição determina que o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas nasce com força de decisão e que só deixará de prevalecer por um julgamento qualificado, mediante 2/3 dos membros da Câmara Municipal. Por esse motivo, às contas do Prefeito Municipal, o parecer prévio do Tribunal de Contas é quase vinculativo⁷⁹.

A análise das contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo não está restrita apenas aos aspectos formais de cunho orçamentário e contábil. Vai além. Os Tribunais de Contas examinam se foram cumpridos os preceitos constitucionais atinentes à matéria, como observar se foram cumpridos os compromissos assumidos por ocasião de sua posse, sobretudo os de cumprir a Constituição e observar as leis, e se executou adequadamente os planos de governo.

Nota-se, ao final, que na ocasião do julgamento das contas apresentadas pelo chefe do Poder Executivo, o Poder Legislativo deve observar todos os preceitos constitucionais, como o direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla

⁷⁹ MILESKEI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 273.

defesa, e os demais princípios que informam a atuação da Administração Pública. Tais princípios serão analisados neste trabalho em momento oportuno.

3.3.2 Julgamento das contas dos responsáveis por dinheiro público

No que tange à competência em comento, o Tribunal de Contas atua de forma autônoma, desvinculado do Poder Legislativo.

Edimur Ferreira de Faria relata:

As contas públicas são divididas em duas grandes categorias para efeito de fiscalização e controle do Tribunal de Contas: contas anuais, apresentadas pelo Chefe do Executivo, e contas prestadas pessoalmente pelos responsáveis pela aplicação de dinheiro público. A primeira categoria está prevista no inciso I do art. 71 da Constituição Federal, e a segunda, no inciso II do mesmo artigo⁸⁰.

Trata-se da denominada competência judicante que permite ao Tribunal que julgue as contas e, no caso de prejuízo ao erário ou descumprimento de leis, imponha sanções e outras penalidades aos gestores públicos e aos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

No julgamento das contas dos administradores públicos e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos de toda a Administração direta e indireta e das empresas estatais, o Tribunal não se restringe a oferecer um parecer prévio, como feito nas contas dos chefes do Executivo. Nesses casos, o Tribunal de Contas determina a aprovação ou rejeição das contas, constatando suas regularidades ou irregularidades.

Nesse sentido, segundo Edimur Ferreira de Faria,

Quanto à competência do Tribunal de Contas, há fundamental diferença entre as duas categorias de contas. Na primeira, já comentada [as contas anuais apresentadas pelo chefe do Poder Executivo], o Tribunal recebe as contas por intermédio do Congresso Nacional e não as julga. Apenas as aprecia e emite parecer prévio, que pode ser ou não acatado pelo Congresso. As contas que se enquadram na categoria, agora em exame, de que trata o inciso II do art. 71 da Lei Maior, são encaminhadas diretamente

⁸⁰ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 578.

à Corte de Contas – não passam pelo Congresso Nacional. Estas não são apenas apreciadas pelo Tribunal, mas julgadas⁸¹.

Ao julgar as contas dos administradores, o Tribunal de Contas não pode fazê-lo apenas com a verificação da legalidade e constitucionalidade dos gastos públicos. Devem ser observados os princípios basilares da Administração Pública, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito da competência dos Tribunais de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis pelo dinheiro público:

Ao TCU compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443/1992, art. 1º, I). As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista^{82,83}.

Em razão da literalidade da Constituição ao falar em “julgamento das contas”, criou-se ampla discussão a respeito da existência ou não de jurisdição nos Tribunais de Contas, tema que foge ao escopo deste trabalho e, portanto, não será objeto de análise pormenorizada.

3.3.3 Realização de auditorias e inspeções

Nas suas funções estabelecidas pela Constituição, os Tribunais de Contas exercem vários papéis. Um dos mais importantes refere-se à função fiscalizadora, pois as matérias de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública e de todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, estão submetidas à fiscalização desses órgãos.

⁸¹ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000. p. 579.

⁸² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança 25.092 – Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília, 10 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

⁸³ No mesmo sentido: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 356.209-AgR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 1º mar. 2011, Segunda Turma, DJE de 25 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

Os Tribunais de Contas podem realizar auditorias e inspeções em todos os órgãos que dispuserem, de alguma forma, de dinheiro público. Podem proceder por iniciativa própria ou por requisição do Poder Legislativo.

Esta talvez seja a atribuição mais visível, na prática, dos Tribunais de Contas e a que mais define sua função técnica, tendo sido introduzida na Constituição de 1967.

Para Fernandes, as auditorias dos Tribunais de Contas tornam-se necessárias quando os gestores, que têm o dever de prestar informações anualmente, apresentam “elementos insuficientes para assegurar a confiabilidade do sistema”⁸⁴. E continua:

No trabalho de auditoria, deve-se verificar a aderência do órgão a normas pertinentes à contabilidade, ao direito financeiro, ao planejamento e à execução do orçamento. É um instrumento de controle de menor alcance crítico reflexivo, porque a ação fiscalizadora está rigidamente parametrizada pelas normas⁸⁵.

A realização de auditorias e inspeções possibilita a verificação *in loco* dos atos praticados pelos gestores, colhendo-se as provas que irão basear as atividades de controle, além de oportunizar a apuração de outras informações aquém das já prestadas.

A realização de auditorias poderá se dar por iniciativa própria ou por solicitação do Poder Legislativo. Quando realizadas a pedido do Poder Legislativo, as auditorias e inspeções possuem caráter instrutório, com o intuito de informar e colaborar com o controle externo.

Podem, ainda, os Tribunais de Contas realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria.

As auditorias ordinárias são as feitas de forma periódica em cada jurisdicionado do Tribunal de Contas, quando tais Tribunais analisam os orçamentos anuais, a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão. A auditoria extraordinária ocorre em momentos específicos, especialmente quando há notícia da existência de indícios de irregularidades em determinado ente jurisdicionado.

⁸⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 265.

⁸⁵ Ibid.

Havendo motivação para a realização da verificação, inspeção ou auditoria e, em consequência, se as ações vierem a se concretizar, o Tribunal de Contas deverá adotar as providências necessárias. Inicialmente, deverá fixar prazo para o responsável sanear a irregularidade e, após, não sendo satisfeita a determinação do Tribunal de Contas, poderá sustar o ato, devendo ser comunicado ao Poder Legislativo no caso de inspeção por sua solicitação.

Na hipótese de grave dano ao erário, e para se evitar prejuízos de difícil ou impossível reparação, o Tribunal poderá, ainda, sustar, de imediato, o ato administrativo viciado para que não produza efeitos.

Ressalte-se que, para a verificação das auditorias e inspeções, deverá ser franqueado aos auditores todo e qualquer livro ou documento, seja por meio digital ou não, uma vez que todos os documentos da Administração Pública não podem ser considerados sigilosos perante os Tribunais de Contas.

Acerca da impossibilidade de sigilo dos administradores públicos na atuação dos Tribunais de Contas, há recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos⁸⁶.

As inspeções e auditorias servem, ainda, como instrumento da atuação pedagógica dos Tribunais de Contas, na medida em que se verifica a gestão pública por excelência, fazendo com que os jurisdicionados busquem constantemente aprimorar a utilização do dinheiro público.

⁸⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança 33.340 – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

4 O PROCESSO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Noticia-se que o processo administrativo tenha surgido com a Revolução Francesa, em contraposição à ideia do Antigo Regime, que não estabelecia limites ao poder soberano. Este novo conceito estreitou o vínculo do Estado com a sociedade, estabelecendo restrições à atuação estatal. Com o advento do *Welfare State*⁸⁷, a Administração Pública tornou-se encarregada de proporcionar prerrogativas ao cidadão.

Odete Medauar explica essa evolução:

Predominante, então, a preocupação com o termo final das decisões administrativas (ato final), sem qualquer atenção ao percurso que precedeu tal ato. Isto porque, esta decisão final era concebida como a vontade da própria Administração, que agia quase que livremente conforme suas próprias convicções. Qualquer questão ligada às garantias dos administrados, durante a elaboração do ato final, dar-se-ia pelo controle jurisdicional, alheio à Administração (o termo processo era utilizado com referência a este controle). O ato administrativo era questão central, em torno de que estava toda a Administração e, principalmente, a forma de comunicação dela com o particular. Ausente o interesse pela matéria de processo no Direito Administrativo, melhor era deixar o mais livre possível o poder discricionário da autoridade administrativa⁸⁸.

O processo surgiu como forma de se fixar parâmetros à atividade administrativa. De forma primária, o processo manifesta-se como uma forma de salvaguardar os direitos do administrado face à atividade discricionária da Administração Pública, ou seja, um meio de proteção contra excessos.

Odete Medauar discorre acerca da processualidade ampla, em que o processo encontra-se presente em toda a atividade estatal. A autora defende que não se trata de opção do órgão administrativo, mas sequência necessária e obrigatória.

Defende a autora:

⁸⁷ Expressão em inglês que, traduzida, significa “Estado do Bem-Estar”. Na década que se seguiu à crise de 1929, o modelo que passou a ser adotado foi o do Estado de Bem-Estar Social. Nele, o Estado é quem se responsabiliza pela política econômica, cabendo a ele as funções de proteção social dos indivíduos – educação, saúde, seguridade social. Além dos Estados Unidos, que pensavam em saídas à Grande Depressão, países europeus como Noruega, Suécia e Suíça – até hoje conhecidos pelo alto nível de excelência em quesitos socioculturais e que se encontram nos lugares mais altos no *ranking* mundial de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) – foram os primeiros a adotar o modelo de Estado Social.

⁸⁸ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 55.

O esquema processual abrange, na sua série, todos os atos que, de modo mediato ou imediato, são teleologicamente vinculados à elaboração do ato final. Portanto, todo ato do procedimento mantém vínculo teleológico com a decisão para a qual se direciona. [...] A processualidade, então, vincula-se à disciplina do exercício do poder estatal. A seiva do tronco comum da processualidade é o poder, que permeia todos os ramos; onde inexistente poder, inexistente utilidade metodológica de uma concepção de processualidade ampla⁸⁹.

O processo administrativo é objeto de grande discussão doutrinária, tanto administrativista quanto processual, acerca de aspectos terminológicos, que busca definir se se trata de processo *stricto sensu* ou de procedimento.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover diferenciam processo de procedimento:

[...] apercebeu-se a doutrina que há no processo uma força que motiva e justifica a prática dos atos e do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles e igualmente pelo aspecto das relações só entre seus sujeitos.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade e exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação dos atos que sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual se estampam os atos e fórmulas da ordem legal do processo⁹⁰.

Como defensor do termo processo administrativo, Edson Ribas Malachini assenta que

[...] em todas essas matérias (como citação, intimações, ato de comunicação processual que se constituem em requisitos fundamental do contraditório, as regras sobre os pressupostos processuais e as chamadas condições da ação; sobre os meios de prova; os requisitos da sentença, os recursos interponíveis, a coisa julgada, os pressupostos de admissibilidade da ação rescisória e da ação executiva, e sobre certos princípios inerentes ao processo de execução) criam-se situações jurídicas, dando-se um ônus ao demandante e ao demandado, estabelece-se um estado de sujeição,

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 26.

⁹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 298.

disciplina-se, enfim, a relação jurídica processual, trata-se de matéria processual que não se restringe à disciplina do procedimento⁹¹.

Apesar de renomados autores da seara administrativista, como Gordillo⁹² e Carlos Ari Sundfeld⁹³, entenderem que se trata de procedimento, o texto da Constituição Federal de 1988, especialmente nos artigos 22, I, e 24, X e XI, trata das diferenças de competência que caracterizam a distinção existente entre processo e procedimento. Assim, entende-se que, no Direito brasileiro, apesar de o processo conter o procedimento, não se pode exaurir o procedimento, especialmente quando se trata de uma relação jurídica.

Nesse sentido é o entendimento de Medauar:

[...] no ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 adotou a expressão *processo administrativo* ou utilizou o termo *processo*, o que significa não só escolha terminológica, mas, sobretudo, reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública [...] (grifo nosso)⁹⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro posiciona-se no sentido de que o processo é o instrumento apto a legitimar a atuação administrativa, sendo um conjunto de atos que se identifica como gênero procedimental, enquanto o procedimento é o rito necessário para o alcance das finalidades propostas, tratando-se de formalidades exigidas no vínculo existente entre os atos administrativos⁹⁵.

Fiamo-nos ao posicionamento de que a expressão correta a ser utilizada é “processo administrativo”, uma vez que possui natureza de processo que pressupõe uma relação jurídica. Novamente, faz-se presente o entendimento de Cintra, Dinamarco e Grinover:

Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não

⁹¹ MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 89, n. 324, p. 49-54, 1993. p. 49.

⁹² Cf. GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo**. Biblioteca Jurídica Dike, 1988, p. VII.

⁹³ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano XX, n. 84, 1987, p. 73.

⁹⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

estatais (processo disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.)⁹⁶.

Pode-se, então, segundo o entendimento de Veloso, conceituar o processo administrativo como o conjunto de procedimentos e de atitudes que fazem com que o ato administrativo, por vias não judiciais, seja materializado e disponibilizado para o administrado⁹⁷.

4.1 FINALIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Originalmente, o processo administrativo foi concebido como meio de observância dos requisitos de legalidade do ato administrativo e garantia de respeito dos direitos dos indivíduos. À medida que as funções do Estado e da Administração foram se alterando e as relações entre Estado e sociedade e as próprias concepções do direito administrativo se revestiram de nova roupagem, os objetivos do processo administrativo também passaram por uma ampliação de horizonte. Avançando para além das fronteiras do perfil do processo administrativo ligado apenas à dimensão do ato administrativo em si, chegou-se à legitimação do poder⁹⁸.

Segundo Odete Medauar, é possível elencar várias finalidades do processo administrativo. Na sua função garantista, o processo administrativo visa à garantia jurídica dos administrados (particulares e servidores), uma vez que tutela direitos que o ato administrativo pode afetar. Outra finalidade é o melhor conteúdo das decisões, tendo em vista que, no processo administrativo, os interessados são ouvidos, apresentam argumentos e provas, oferecem informações. Desse modo, contribuem para a determinação do fato ou da situação objeto do processo, ampliando os pressupostos objetivos da decisão administrativa⁹⁹.

A autora menciona, também, a legitimação do poder como uma das finalidades do processo administrativo. Segundo Medauar, a processualidade está associada ao exercício do poder, que é, por si próprio, autoritário. Assim, no âmbito do Estado, a

⁹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 298.

⁹⁷ VELOSO, Waldir de Pinho. **Direito processual administrativo**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 28.

⁹⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 167.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 168.

imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade no processo preordenado. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído¹⁰⁰.

Outrossim, a justiça na Administração é uma das finalidades do processo administrativo, que direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa, vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses envolvidos numa situação¹⁰¹.

Visa, ainda, o processo administrativo à aproximação entre Administração e cidadãos, que se realiza mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo. Assim, rompe-se com a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o Poder Público¹⁰².

Por fim, a finalidade do processo administrativo que mais interessa a este trabalho é a facilitação do controle da Administração, uma vez que a colaboração dos sujeitos e o conhecimento do modo de atuação administrativa, decorrentes do esquema processual, facilitam o controle por parte da sociedade, do Poder Judiciário e de todos os outros entes que fiscalizam a Administração – aí inseridos os Tribunais de Contas¹⁰³.

4.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

Neste ponto, evidenciaremos os princípios que norteiam a atuação dos Tribunais de Contas, especialmente aqueles tratados no artigo 70 da Constituição Federal.

¹⁰⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 168.

¹⁰¹ Ibid., p. 169.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

4.2.1 Devido processo legal

Em breve síntese evolutiva, entende-se que o princípio do devido processo legal surgiu na cultura anglo-saxônica com a Magna Carta da Inglaterra, em 1215, sob o reinado de João Sem Terra, a fim de limitar as ações do governo monárquico sobre os direitos da nobreza feudal.

A denominação *due process of law* se deu através do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, em 1354, com o Reinado de Eduardo III. O dispositivo passa a ter um significado meramente processual como forma de limitar os excessos cometidos pela monarquia, resguardando o direito do indivíduo ao processo justo e ordenado, desprovido de arbitrariedades.

O direito norteamericano recepcionou o devido processo legal em 1791, quando foram acrescentadas ao texto principal dez emendas, especialmente as emendas 5ª e 14ª, firmando a garantia de um processo ordenado, de forma a preservar o cidadão de arbitrariedades advindas dos governantes.

No Brasil, o devido processo legal teve início com a constitucionalização dos direitos e garantias individuais, no século XVIII, tendo sido tratado, porém, de forma implícita.

Em 1968, o Supremo Tribunal Federal prolatou uma decisão em processo de *habeas corpus* utilizando o devido processo legal como controle do ato estatal impugnado.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 o devido processo legal foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de direito fundamental. O inciso LIV do art. 5º da CF/88 assegurou ao cidadão a proibição da violação de seus bens e de sua liberdade, sem a existência de um processo prévio justo e ordenado.

Quando estabeleceu as atribuições dos Tribunais de Contas, a Constituição Federal conferiu-lhes a competência para “julgar” os responsáveis pelos dinheiros públicos. Estabeleceu, ainda, que o Legislativo tem o poder de “julgar” as contas do chefe do Executivo mediante parecer prévio do Tribunal de Contas.

Nesse processo que visa ao julgamento das contas, os Tribunais de Contas estão vinculados ao inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, devendo proporcionar aos jurisdicionados o direito ao devido processo legal, uma vez que a fiscalização das contas não se pode dar de modo arbitrário.

Sobre a importância de se observar o *devido processo legal* na esfera administrativa, Medauar¹⁰⁴ afirma que o inciso LIV tem sentido amplo, sem indicação do campo de incidência, devendo-se, portanto, reconhecer sua acolhida na esfera administrativa, o que representa estágio avançado de uma evolução que já vinha ocorrendo na jurisprudência, como bem expressa a Súmula 21 do STF, que vedou a demissão sumária dos servidores em estágio probatório, obrigando a administração a dar-lhes conhecimento das alegações contra sua permanência no cargo e dar-lhes oportunidade de defesa.

Mais especificamente em relação à atuação dos Tribunais de Contas, o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a observância do devido processo legal quando do julgamento das contas dos chefes do Executivo:

EMENTA: JULGAMENTO DAS CONTAS DO PREFEITO MUNICIPAL. PODER DE CONTROLE E DE FISCALIZAÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES (CF, ART. 31). PROCEDIMENTO DE CARÁTER POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DA PLENITUDE DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LV). IMPRESCINDIBILIDADE DA MOTIVAÇÃO DA DELIBERAÇÃO EMANADA DA CÂMARA MUNICIPAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. TRANSGRESSÃO, NO CASO, PELA CÂMARA DE VEREADORES, DESSAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. SITUAÇÃO DE ILICITUDE CARACTERIZADA. CONSEQUENTE INVALIDAÇÃO DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR. RE CONHECIDO E PROVIDO.

O controle externo das contas municipais, especialmente daquelas pertinentes ao Chefe do Poder Executivo local, representa uma das mais expressivas prerrogativas institucionais da Câmara de Vereadores, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas (CF, art. 31).

Essa fiscalização institucional não pode ser exercida, de modo abusivo e arbitrário, pela Câmara de Vereadores, eis que – devendo efetivar-se no contexto de procedimento revestido de caráter político-administrativo – está subordinada à necessária observância, pelo Poder Legislativo local, dos postulados constitucionais que asseguram, ao Prefeito Municipal, a prerrogativa da plenitude de defesa e do contraditório.

A deliberação da Câmara de Vereadores sobre as contas do Chefe do Poder Executivo local, além de supor o indeclinável respeito ao princípio do devido processo legal, há de ser fundamentada, sob pena de a resolução

¹⁰⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

legislativa importar em transgressão ao sistema de garantias consagrado pela Constituição da República.¹⁰⁵

Assim, tanto para o julgamento da prestação de contas pelo Legislativo, quanto nos processos em que o Tribunal de Contas procede ao julgamento, faz-se necessário que o administrador público seja notificado das conclusões, das alegações e das denúncias apontadas, de forma que se oportunize o exercício da ampla defesa e do contraditório apresentando suas razões e produzindo as provas.

4.2.2 Contraditório e ampla defesa

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, primou pela igualdade entre os cidadãos asseverando que um dos seus termos é a necessidade de se preservar o contraditório e a ampla defesa em processos judiciais e administrativos.

Diz o Texto Constitucional:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[...]

A Constituição de 1988 trata do contraditório e da ampla defesa em vários outros momentos, especialmente quando dispõe sobre carreiras específicas como as da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, deixando evidente a necessidade da ampla defesa para a aplicação de qualquer penalidade, assegurando o respeito ao Estado de Direito.

A ampla defesa trata do direito do acusado de saber os motivos pelos quais existe um processo contra si, obter vista do processo administrativo disciplinar, apresentar sua defesa e produzir as provas que entender necessárias. Refere-se, ainda, ao

¹⁰⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 235.593/MG, Rel. Min. Celso Mello, DJU 24/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7 jul. 2016.

direito de ter um advogado, de conhecer das diligências realizadas, de oferecer defesa final e de recorrer.

A ampla defesa também é um princípio dirigido ao legislador quando da elaboração das leis infraconstitucionais, de modo a assegurar que todo acusado tenha conhecimento da acusação contra si, tenha o direito de constituir um defensor e de obter as provas necessárias à sua defesa.

Na lição de Odete Medauar,

A Constituição Federal de 1988 alude, não a simples direito de defesa, mas, sim, à ampla defesa. O preceito da ampla defesa reflete a evolução que reforça o princípio e denota a elaboração acurada para melhor assegurar a sua observância. Significa, então, que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretação de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos e preservar interesse não pode ser restrita, ao contexto em que se realiza. Daí a expressão final do inciso LV, “com os meios e recursos a ela inerentes”, englobados na garantia, refletindo todos os seus desdobramentos, sem interpretação restritiva¹⁰⁶.

O princípio do contraditório, que também norteia o processo administrativo, determina que em todas as fases do processo as partes tenham a oportunidade de apresentar sua defesa e provas, caracterizando a igualdade entre as partes.

Sergio Ferraz e Adilson Dallari observam:

A instrução do processo deve ser contraditória. Isso significa que não basta que a Administração Pública, por sua iniciativa e por seus meios, colha os argumentos ou provas que lhe pareçam significativos para a defesa dos interesses do particular. É essencial que ao interessado ou acusado seja dada a possibilidade de produzir suas próprias razões e provas e, mais que isso, que lhe seja dada a possibilidade de examinar e contestar os argumentos, fundamentos elementos probantes que lhe sejam favoráveis¹⁰⁷.

Sempre que houver a alegação de um direito, o contraditório deve ser exercitado para promover a equidade entre as partes de um processo.

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) alterou em diversos pontos o princípio do contraditório, enfatizando-o como garantia de influência e de não surpresa.

¹⁰⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁰⁷ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 92.

O Código de Processo Civil de 1973 tratava o contraditório como um mero debate entre as partes. Já o Código atual, por sua vez, concebe tal princípio de forma vital para o regular processo (garantia de influência). Traz, ainda, a prerrogativa de que o Estado, através do juiz, provocará o debate de todas as questões suscitadas pelas partes no processo (garantia de não surpresa).

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o princípio do contraditório se consolida de forma a conceder maior efetividade às decisões judiciais, enfatizando a participação das partes no processo.

4.2.3 Princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso

O princípio da proporcionalidade teve como origem a evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, constatada com o surgimento do Estado de Direito burguês na Europa.

No que diz respeito à origem do princípio da proporcionalidade, Canotilho ensina:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do Poder Executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a Teoria do Estado o considera, já no século XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no século XIX, no direito administrativo como princípio do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional¹⁰⁸.

Nota-se que, no século XIX, o princípio da proporcionalidade passa a fazer parte do Direito Administrativo, como princípio geral de Poder de Polícia, e desenvolve-se como evolução do princípio da legalidade. A criação de artifícios que fossem aptos a controlar o Poder Executivo no exercício de suas funções, como forma de se evitar o abuso de poder e o arbítrio, forma as justificativas decisivas para o emprego do juízo de proporcionalidade, até mesmo na aplicação da lei.

Nessa esteira, afirma Pereira Neto:

[...] em 1791, esse célebre jurista, numa conferência sobre o direito de polícia, formulou nestes termos o princípio fundamental do Direito Público:

¹⁰⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 266-267.

“O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos”. E sob essa inspiração formulou a máxima clássica de que “**não se abatem pardais disparando canhões**”. Essa metáfora que consubstanciou a aplicação do princípio da proporcionalidade dá o tom do alcance dessa regra jurídica, ou seja, a proibição do excesso [grifo nosso]¹⁰⁹.

Na Alemanha ocorreu, com inspiração na teoria da limitação do poder de polícia do Direito Administrativo francês, a formulação atual do princípio da proporcionalidade em âmbito constitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais. Com uma valoração excessiva dos direitos fundamentais, o Tribunal constitucional Alemão reconheceu o controle em seus aspectos básicos: necessidade, adequação e proporcionalidade. A partir desse fato, o princípio da proporcionalidade tem sido aplicado amplamente.

A Constituição de 1988 recepcionou a proporcionalidade por influência da doutrina portuguesa. O artigo 18 da Constituição de Portugal de 1976 apresenta limites a serem observados pelos servidores públicos no exercício de suas funções, estabelecendo a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais e o critério da necessidade como paradigma na criação e aplicação das leis que limitem direitos e garantias constitucionais, visando, ainda que implicitamente, os requisitos essenciais do princípio da proporcionalidade.

A demonstração da relação de causalidade entre meio e fim é essencial para se invocar o princípio da proporcionalidade. Humberto Ávila discorre a respeito:

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio.

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar a realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valiosa

¹⁰⁹ PEREIRA NETO, Hildebrando. **Breves considerações sobre o princípio da proporcionalidade.** *Habeas data: reflexões sobre o direito*. Ijuí: Ed. Unijuí, ano 1, n. 1, p. 37-53, jan./jun. 2002. p. 47.

que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito)¹¹⁰.

O princípio da proporcionalidade possibilita um limite que norteia o legislador quando da análise da restrição de direitos fundamentais. A ação do legislador quando se trate de restrição de direitos fundamentais, a adequação da relação meio/fim exige que a medida restritiva seja idônea para o objetivo que se persegue, pois de outro modo estará desprovida de constitucionalidade. A adequação da correlação meio/fim demanda que a medida restritiva seja a mais correta para a finalidade que se almeja, sob pena de tal medida caracterizar-se inconstitucional.

Assim, o princípio da proporcionalidade trata-se de um meio para proteger o cidadão dos excessos do Poder Público, assegurando direitos e garantias constitucionais.

Embora não conste explicitamente da Constituição Federal de 1988, podemos encontrá-lo em alguns dispositivos constitucionais, como aqueles que tratam do direito tributário (art. 145, § 1º), dos direitos sociais (art. 7º, V e XXI) ou até mesmo da organização dos poderes na área eleitoral (art. 45, § 1º).

Importa registrar que o princípio da proporcionalidade não remete a uma ideia de proporção, mas sim à relação de causalidade entre meio e fim. Destarte, podendo-se realizar vários atos, todos legítimos sob a ótica constitucional, tal princípio norteará a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais.

Nas decisões dos Tribunais de Contas, deve haver a utilização do princípio da proporcionalidade para se verificar se a medida pretendida pela parte é adequada (promoveu minimamente o fim), necessária (não houve meios alternativos que promovessem o fim sem restrição na mesma intensidade dos direitos fundamentais afetados) e proporcional (se o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais)¹¹¹.

Nos Tribunais de Contas há, ainda, casos em que o princípio da proporcionalidade é utilizado de forma implícita, sem que o relator o cite de forma expressa; porém, a fundamentação da decisão é no sentido de se verificar a relação de causalidade

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 162.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 182.

entre meio e fim – como quando o relator avalia se o gestor público utilizou-se da forma mais adequada dos meios postos à sua disposição para o atendimento da finalidade pública e economicidade, por exemplo.

Isso acontece também quando da concessão de tutelas de urgência cautelares, como, por exemplo, quando o julgador decide por concedê-la ou não diante do perigo de dano e diante da evidência da não utilização, pelo administrador público, dos meios necessários a se atingir a finalidade pública.

4.2.4 Motivação

A Constituição Federal brasileira de 1988 positivou o princípio da motivação das decisões em seu artigo 93, incisos IX e X, e o novo Código de Processo Civil o insculpiu em seu art. 489. Tal princípio tem o *status* de direito fundamental, pois consubstancia o caminho para se constatar a legalidade das ações realizadas pelo Estado, evidenciando a imparcialidade e a justiça das decisões.

Dallari manifesta-se sobre a motivação nos seguintes termos:

O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que levaram a tomar uma decisão. “Motivar” significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados¹¹².

Carlos Ari Sundfeld afirma:

[...] a necessidade lógica e jurídica de ser a motivação anterior ou concomitante à decisão administrativa, entre outros argumentos, para não consagrar a deslealdade administrativa que fatalmente ocorreria no caso da impetração de mandado de segurança, onde a autoridade impetrada, nas informações, poderia burlar a garantia constitucional “criando um motivo não aventado pelo autor, que, sem direito à réplica e à produção de provas, ficaria impossibilitado de rechaçá-lo¹¹³.

Quanto aos processos nos Tribunais de Contas, a legitimidade no julgamento das contas está restrita à devida fundamentação, à qual o julgador está vinculado, sob pena de nulidade da decisão.

¹¹² FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 76.

¹¹³ Ibid., p. 77.

4.2.5 Direito ao recurso

O ato de recorrer de uma decisão é pertinente à pessoa humana quando se sente prejudicado por determinada situação, o que torna o recurso um instrumento apto para que a parte atue diante da sua insatisfação. Sob o viés subjetivo, o fato da necessidade do ser humano de não se conformar com a situação menos favorável é, sem sombra de dúvidas, um forte argumento para se sustentar a existência do sistema recursal.

De outro lado, tem-se a possibilidade da existência de falhas da atividade judicante, o que também justifica o sistema recursal pelo motivo de se sanar defeitos processuais, como corrigir a má apreciação das provas, dos fatos etc.

Segundo leciona Flávio Cheim Jorge, existe uma conexão direta entre os recursos e a função exercida pelo Estado, que corresponde à efetiva e razoável prestação da tutela jurisdicional. De acordo com o autor,

O controle feito pelos tribunais sobre as decisões proferidas pelos juízes de instância inferior contribui para a eficiência e, sobretudo, segurança das normas jurídicas existentes. É estritamente conveniente para o Estado colocar à disposição dos jurisdicionados os meios recursórios aptos a reparar as injustiças cometidas¹¹⁴.

Nesse sentido, a realização de dois ou mais exames da mesma matéria tem o objetivo de assegurar, na medida do possível, a justiça das decisões.

A importância do direito ao recurso transpassa a própria esfera de compreensão desse princípio, arraigando consequências mesmo sobre a ampla defesa. Flávio Cheim Jorge sustenta que os recursos são elementos indissociáveis ao exercício pleno da ampla defesa, “[...] exatamente porque a mesma não deve ser vista unicamente como o intuito de persuasão ou convencimento do magistrado quanto aos argumentos e alegações das partes”, sendo relevante também analisá-la “[...] como o direito que as partes possuem de controlar as decisões judiciais que lhes são desfavoráveis e que lhes causem prejuízos”¹¹⁵.

Donde conclui o referido autor que

¹¹⁴ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.

¹¹⁵ Ibid., p. 48.

[...] para a incidência real e efetiva do princípio constitucional da ampla defesa é imperativo que a legislação infraconstitucional disponibilize sempre às partes o poder e o direito de recorrer das decisões judiciais, isto é, de controlar as decisões proferidas no curso do processo¹¹⁶.

José Joaquim Calmon de Passos, citado por Flávio Cheim Jorge, sintetiza tal princípio com a seguinte lição:

Afirmar o direito ao recurso como garantia constitucional não implica o reconhecimento do direito de recorrer de toda e qualquer decisão e em qualquer fase do procedimento que antecede a prestação da tutela jurídica reclamada. O que necessariamente deve ser constitucionalmente garantido é o que poderíamos denominar de 'núcleo resistente', aquele mínimo indispensável para assegurar a coerência entre o direito posto (expectativas compartilhadas socialmente) e o direito aplicado (concretização dessas expectativas). Garantia inerente a um Estado Democrático, portanto, é o controle interno das decisões judiciais mediante a técnica dos recursos¹¹⁷.

Desse modo, entende-se que o sistema recursal se justifica na indispensabilidade de se realizar dois interesses: o interesse das partes, sendo o meio de se evitar o dano que compreendem ser injusto, e o da coletividade, pois o Estado tem o dever constitucional de estabelecer o direito e de promover a justiça de forma completa.

Vale registrar nesse momento que, quando os Tribunais de Contas consideram regular a conduta de determinado gestor público, somente será legitimado a recorrer o Ministério Público de Contas, caso discorde da decisão. Por outro lado, no caso de condenação do jurisdicionado por alguma irregularidade cometida, são legítimos para recorrer tanto o responsável quanto o Ministério Público de Contas, quando discordarem da decisão.

Observa-se, nessa esteira, que, como consequência da verdade real, o rito processual nos Tribunais de Contas tende a observar as questões prejudiciais em detrimento das questões preliminares. Poucos casos são reformados em grau de recurso quando têm por objeto as questões preliminares. Ocorrem exceções, especialmente quando o responsável consegue demonstrar a violação ao contraditório e à ampla defesa.

4.2.6 Oficialidade

¹¹⁶ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

¹¹⁷ Ibid., p. 51.

O princípio da oficialidade é também chamado de impulso oficial. Por força desse princípio, os gestores públicos devem conduzir o processo independentemente de provocação da parte interessada, uma vez que a solução da controvérsia é questão de interesse público.

Ressalva com propriedade a insigne Odete Medauar que “esse princípio não elide a participação dos sujeitos, garantida pelo contraditório e ampla defesa”¹¹⁸, sendo assegurado aos sujeitos a produção de provas, juntada de documentação e demais atos processuais. E continua:

Significa, sobretudo, a responsabilidade da Administração pelo andamento regular e contínuo do procedimento, independentemente de provocação dos sujeitos para a realização de atos e providências, inclusive quanto à instrução, no sentido de determinar a coleta de todos os elementos necessários ao esclarecimento de fatos pertinentes ao assunto¹¹⁹.

Diferentemente dos processos regidos pelo Código de Processo Civil, nos Tribunais de Contas os conselheiros agem de ofício, impulsionando o processo para que surtam todos os efeitos, independentemente da vontade das partes, sem a necessidade de provocação dos interessados, em obediência ao princípio da oficialidade.

Além disso, tais tribunais administrativos podem, por iniciativa própria, estabelecer diligências e produzir as provas que entenderem necessárias, mesmo que sem o requerimento das partes interessadas, embora permitam a manifestação dos interessados sobre os fatos novos produzidos. Com frequência, essas provas se fazem necessárias para aclarar o entendimento do relator do processo, sendo elementos indispensáveis ao conhecimento da situação fática em apreço e, conseqüentemente, ao juízo de valor no momento da decisão.

Além de poderem agir de ofício, os Tribunais de Contas também podem ser provocados por terceiros para fiscalizarem atos realizados com indícios de irregularidades, com grave infração a norma legal ou que apresentem inconsistências de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Essa provocação por terceiros pode se dar através dos instrumentos

¹¹⁸ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 130.

¹¹⁹ Ibid.

denominados denúncia ou representação, que, acatadas e autuadas, seguem o rito do processo de fiscalização. Vale ressaltar que quem apresenta a denúncia ou representação pode ser ou não parte no processo. Caso não seja parte, não poderá nele agir, como pedir vistas ou recorrer, por exemplo.

Assim, nos processos instaurados nos Tribunais de Contas, tanto os de iniciativa do órgão quanto os de iniciativa de particulares, através de denúncias e representações, devem ser utilizados todos os meios necessários ao seu regular prosseguimento, até o resultado final.

4.2.7 Razoável duração do processo

Freitas e Mileski salientam que “[...] os Tribunais de Contas, no exercício das suas competências, têm o dever de prolatar suas decisões, observando o direito fundamental à razoável duração dos processos de fiscalização”¹²⁰.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Freitas e Mileski assentam:

Afinal, a demora não gera apenas ineficiência, também produz insegurança jurídica que, no Brasil, constitui a principal indutora das más práticas, as quais, pela inércia, se convertem em tristes fatos consumados, às vezes com chocante inobservância de seus pressupostos mínimos¹²¹.

Assim torna-se necessário conceber a ideia de processo como instrumento não apenas de realização do direito material, mas como instrumento da efetiva prestação jurisdicional, observando o mínimo tempo possível para que sejam respeitadas as demais garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da motivação dos atos processuais, entre outros.

¹²⁰ FREITAS, Juarez; MILESKE, Hélio Saul. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**. Brasília; Cuiabá: ATRICON; Instituto Rui Barbosa; TCE/SC, 2013. p. 91.

¹²¹ Ibid., p. 92.

4.2.8 Princípio da verdade material

O princípio da verdade material explana a ideia de que, na investigação dos fatos, deve-se sempre buscar a mais estreita aproximação com a certeza. Sua aplicação ao processo administrativo legitima-se na razão proporcional em que a Administração, na procura permanente pela satisfação do interesse público, não deve resignar-se apenas a uma verdade simplesmente processual. Pelo contrário. A Administração Pública tem a prerrogativa e o dever de ampliar sua atividade inquisitória, servindo-se de elementos diferentes daqueles colacionados aos autos pelos interessados, uma vez que os repute necessários à solução do caso concreto.

Dada a relevância de tal princípio, importa conceituá-lo de maneira mais aprofundada, consoante as doutrinas nacional e estrangeira, como exposto a seguir.

Para Odete Medauar,

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las¹²².

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, assevera que:

Consiste em que a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrarem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com presciência do que os interessados hajam alegado e provado... Citando Hector Jorge Escola, esta busca da verdade material está escorada no dever administrativo de realizar o interesse público¹²³.

Estabelecendo um paralelo com o processo judicial, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari afirmam que:

Em oposição ao princípio da verdade formal, inerente aos processos judiciais, no processo administrativo se impõe o princípio da verdade material. O significado deste princípio pode ser compreendido por comparação: no processo judicial normalmente se tem entendido que aquilo

¹²² MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 463.

que não consta nos autos não pode ser considerado pelo juiz, cuja decisão fica adstrita às provas produzidas nos autos; no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados¹²⁴.

De maneira sólida, Hely Lopes Meirelles registra:

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente¹²⁵.

Dentre os doutrinadores estrangeiros, cita-se Roberto Dromi:

Mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo él órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados por el particular o no (verdad material). Si la decisión administrativa no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos su acto estaría viciado¹²⁶.

E Guillermo Ferrer:

Tratándose de la actividad de un órgano de Estado, la promoción de la legalidad nos lleva a sostener igualmente la necesidad de determinar en el procedimiento administrativo, la verdad material o real, por oposición a la verdad formal. En sede administrativa el imperio de la legalidad de origen constitucional, faculta a la Administración para que con un procedimiento inquisitorio o instructorio amplio, adopte todas las medidas tendientes a determinar la verdad real o material, más allá de las probanzas que los terceros interesados o afectados pudieren aportar. Qué lejos estamos aquí del proceso civil con su apotegma de la verdad formal y del principio de igualdad de las partes en el proceso¹²⁷.

Agindo de ofício ou provocado por terceiros, no sistema processual dos Tribunais de Contas, o relator não está adstrito ao que se encontra nos autos, podendo, como já observado no artigo 70 da Constituição Federal, requerer a realização de diligências

¹²⁴ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 109.

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 581.

¹²⁶ DROMI, Roberto. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973. p. 510.

¹²⁷ FERRER, Guillermo. Principios constitucionales del procedimiento administrativo. In: **Procedimiento Administrativo**, Tucuman-Argentina, Ediciones UNSTA, 1982. p. 43.

para se perquirir fatos novos ou provas novas de maneira a formar o entendimento do julgador como o mais próximo possível da verdade real. Tal prática difere o sistema processual nos Tribunais de Contas do sistema processual civil, em que o juiz deve se restringir ao que está disposto nos autos, decidindo com base no que foi pedido e não podendo extrapolar o que foi demandado. Assim, o juiz deverá agir movido apenas pelas informações constantes do processo trazidas pelos atores processuais, restando uma das partes sucumbente, à qual caberá apenas a interposição de tantos recursos quantos lhe forem permitidos pela legislação.

Dado que nos Tribunais de Contas a relação processual se dá entre o jurisdicionado e o juiz/Estado, tem-se uma autonomia que é inexistente no processo civil. Como explicitado, podem os Tribunais de Contas agir de ofício, independentemente de provocação de terceiros, e exigir quantas provas acharem necessárias à busca da verdade real, especialmente porque suas decisões afetam diretamente o interesse público. Vale ressaltar nesse momento que não cabe aos Tribunais de Contas provar a existência de irregularidade, mas sim ao responsável pela gestão pública, que deve comprovar a regularidade de seus atos, trazendo aos autos elementos que demonstrem a correta aplicação do dinheiro público pelo qual é responsável.

Vemos que no rito processual nos Tribunais de Contas, os juízes agem com maior flexibilidade ao proferirem suas decisões, uma vez que são dotados de autonomia para determinar diligências para a produção de provas com o fim de que se prevaleça sempre a verdade real, o que torna seus julgados mais próximos da realidade fática, utilizando-se do formalismo moderado para que suas decisões, mesmo não estando dentro da legalidade estrita, sejam o melhor para se evitar prejuízos ao erário, em busca do verdadeiro interesse público.

4.2.9 Princípio do formalismo moderado

O princípio do formalismo moderado consubstancia-se na adoção de ritos e formas processuais mais simples, com respeito aos preceitos fundamentais do processo, conservando, no entanto, sua capacidade de conferir determinado grau de certeza e segurança à instrução probatória e ao *decisum* final. Caso adotasse formas e ritos inflexíveis, ter-se-ia a imposição à Administração de obstáculos fortuitos na busca pela verdade factual e, por conseguinte, o desrespeito ao interesse público.

Esse princípio é também denominado, por alguns autores, de princípio do informalismo¹²⁸ ou princípio da obediência à forma e aos procedimentos¹²⁹. No que toca ao termo informalismo, Medauar assenta que:

Não parece correta essa última expressão, porque dá a entender que não há ritos e formas no processo administrativo. Há ritos e formas inerentes a todo procedimento. Na verdade, o princípio do formalismo moderado [grifo do autor] consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo¹³⁰.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro colmata tal entendimento, afirmando que

[...] informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas¹³¹.

O princípio do formalismo moderado tem por propósito principal operar em favor do administrado, o que exprime que “[...] a Administração não poderá ater-se a rigorismos formais ao considerar as manifestações do administrado”¹³². Nessa esteira, “[...] o processo administrativo deve ser simples, despido de exigências formais excessivas, tanto mais que a defesa pode ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais”¹³³.

Verifica-se, portanto, que o princípio do formalismo moderado reflete o princípio da igualdade, uma vez que possibilita a qualquer jurisdicionado, a despeito de sua limitação cognoscitiva, a recepção de seus atos pela Administração Pública.

O fundamento legal desse princípio encontra-se implicitamente previsto no art. 5º, inciso II e § 2º, da Constituição Federal, *ipsis litteris*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹²⁸ Mello (2003), Gasparini (2000) e Meirelles (2003) utilizam o termo “informalismo”.

¹²⁹ Di Pietro (2002) utiliza a expressão “princípio da obediência à forma e aos procedimentos”.

¹³⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 199.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 512.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 463.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 660.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹³⁴.

Sobre essa questão, Mello registra:

Sendo ele [o princípio do formalismo moderado], como é, uma aplicação específica do projeto, transparente na Constituição, de valorizar a “cidadania”, resulta que traz consigo o repúdio a embaraços desnecessários, obstativos da realização de quaisquer direitos ou prerrogativas que a ela correspondam. Deveras, o Texto Constitucional, como reiteradamente temos dito, lhe atribui o caráter saliente de ser um dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil (art. 1º, II), além de proclamar que “todo o poder emana do povo” (parágrafo único do citado artigo). Seria um total contra-senso admitir-se o convívio destes preceitos com a possibilidade de serem levantados entraves ao exame substancial das postulações, alegações, arrazoados ou defesas produzidas pelo administrado, contrapondo-se-lhes requisitos ou exigências puramente formais, isto é, alheios ao cerne da questão que estivesse em causa¹³⁵.

A Lei Federal n. 9.784/99 também encerra, em seu bojo, de maneira tácita, o princípio do formalismo moderado, conforme dicção do art. 2º, parágrafo único, incisos VIII e IX, e art. 22, §§ 2º e 3º, como segue:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

¹³⁴ Art. 5º, II e § 2º, da Constituição Federal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 468-469.

IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

[...]

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

[...]

§ 2º. Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º. A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo¹³⁶.

Di Pietro¹³⁷ destaca que o formalismo, a bem da verdade, somente deve existir quando seja necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares, tratando-se de aplicar o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em relação às formas.

Na valoração das provas, os Tribunais de Contas utilizam-se do formalismo moderado sempre em busca da verdade material, uma vez que é de seu interesse a obtenção de toda e qualquer informação relevante que leve à verdade, aceitando, em alguns casos, até mesmo a prova levada aos autos de forma intempestiva.

Verifica-se, por conseguinte, que os processos nos Tribunais de Contas aderem aos princípios do processo civil, embora com algumas particularidades, porém sem jamais se afastar do devido processo legal e da supremacia do interesse público, destacando-se as prerrogativas dos Tribunais de Contas de agir de ofício, de realizar diligências para obtenção de provas sem a provocação de terceiros, sempre em busca da verdade real.

¹³⁶ BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 513.

5 BREVES ASPECTOS ACERCA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No Código de Processo Civil vigente, a tutela provisória é gênero das quais são espécies a “tutela de urgência” e a “tutela de evidência” (art. 294, *caput*, CPC/2015). A tutela provisória de urgência poderá ter natureza “antecipada” ou “cautelar” e caráter “antecedente” ou “incidental” (art. 294, parágrafo único, CPC/2015).

O Novo CPC cuida das tutelas provisórias no Livro V da parte geral, especificamente nos artigos 294 e seguintes. Como forma didática, o legislador dividiu o Livro V da Parte Geral do CPC/2015 em três títulos. O título I trata das disposições gerais relativas à tutela provisória. O título II cuida da tutela de urgência e, por sua vez, divide-se em três capítulos. O Capítulo I disciplina as disposições gerais específicas da tutela de urgência (artigos 303 e 304) e tutela de urgência de natureza cautelar (artigos 305 a 310); o Capítulo II refere-se ao procedimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente; e o capítulo III dispõe sobre o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (tutela de urgência de natureza cautelar). No final, o título II diz respeito à tutela de evidência (artigo 311).

Com o novo diploma, todos os pedidos, inclusive os de urgência, poderão ser formulados na própria petição inicial, não sendo mais necessário um processo específico para esse tipo de pleito.

Importante destacar que, com o novo modelo previsto no CPC/2015, as medidas cautelares nominadas deixam de existir, o que significa dizer que todas as medidas passarão a ser inominadas.

Como se pode observar, os artigos 300 a 302 do CPC/2015 tratam da tutela provisória de urgência, sendo objeto especial de atenção deste trabalho a análise do artigo 300, *caput*, que possui a seguinte redação:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Da redação do artigo extrai-se que são dois os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência: (1) a probabilidade do direito e (2) o perigo de dano ou resultado útil do processo.

Trata-se a probabilidade do direito da plausibilidade, da evidência do direito substancial invocado por quem pretende a segurança. Incertezas ou imprecisões acerca do direito material do postulante não podem ser capazes de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar.

Para Dinamarco,

Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação e determinada posição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pensando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pensando mais as negativas, ele é improvável. A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar. O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder¹³⁸.

Ao requisito da probabilidade do direito deve ser acrescido o “perigo de dano” ou o “risco ao resultado útil do processo”.

Neste ponto, faz-se necessário distinguir o que é risco do que é perigo. Trata o risco da possibilidade do dano, ao passo que o perigo é a probabilidade de um dano ou prejuízo. Dano é um mal, prejuízo, ofensa material ou moral ao detentor de um bem juridicamente protegido.

Para se configurar perigo de dano, faz-se necessário vislumbrar a probabilidade de um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte. O receio não se funda tão somente no estado de espírito do requerente, mas sim se liga a uma situação objetiva, demonstrável por intermédio de algum fato concreto. Desse modo, o perigo de dano próximo ou iminente é, de seu turno, o que se relaciona com uma lesão que provavelmente deva ocorrer ainda durante o curso do processo principal, isto é, antes da solução definitiva ou de mérito. Esse perigo de dano irreparável e de difícil reparação diante

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 145.

do novo CPC é genérico e amplo, diferentemente do que estabelecia o CPC de 1973 para determinadas espécies de medidas cautelares. O legislador do novo CPC não descreve as hipóteses capazes de configurar o perigo ou o dano irreparável.

Já o risco ao resultado útil do processo refere-se à possibilidade de ofensa à busca pelo bem da vida em um prazo razoável. Para Marinoni, o resultado útil do processo “somente pode ser o bem da vida que é devido ao autor, e não a sentença acobertada pela coisa julgada material que é própria da ação principal”¹³⁹.

Assim, a tutela provisória de urgência somente será concedida caso haja os elementos que evidenciem a probabilidade do direito e também o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

5.1 O PODER GERAL DE CAUTELA

Segundo o entendimento majoritário da doutrina, o poder geral de cautela consiste na possibilidade de o juiz, no caso específico, conceder a tutela cautelar. A justificativa se baseia na impossibilidade de previsão pelo legislador, quando da elaboração da norma, das diversas hipóteses de demandas judiciais. O Código de Processo Civil de 1973 retratava a atuação do magistrado por meio do poder geral de cautela, que poderia adotar as medidas provisórias adequadas quando houvesse receio de dano grave ou de difícil reparação.

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação¹⁴⁰.

Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, a expressão “poder geral de cautela” tornou-se sem sentido, uma vez que exigiu os mesmos requisitos tanto para as tutelas cautelares quanto para as antecipatórias, quais sejam, o perigo de dano e a probabilidade do direito. Além disso, manteve-se atualmente apenas a técnica da cautelar inominada.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 87.

¹⁴⁰ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 9 abr. 2017.

Diante da redação do artigo 301 do atual Código de Processo Civil, especialmente quando aponta a possibilidade da utilização pelo juiz, além das medidas previstas, de “qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”, está claro que o poder de conceder tutelas cautelares abarca também a tutela antecipada de natureza satisfativa. Assim, pode-se concluir que o Código de Processo Civil de 2015 consubstanciou um poder geral de tutela provisória, seja para a hipótese de urgência (cautelar e antecipação de tutela), seja para a de evidência¹⁴¹.

¹⁴¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 32.

6 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO CONCEITO DE DANO

Como a tutela cautelar se presta a impedir a consumação de um dano ou ilícito, faz-se necessário estabelecer essa distinção.

6.1 O CONCEITO DE DANO E SUA DIFERENCIAÇÃO DO ILÍCITO

A diferenciação entre dano e ilícito não é algo novo no meio jurídico. O dano corresponde a alguma consequência prejudicial, sentida no mundo concreto, que pode resultar de uma conduta (positiva ou negativa, ação ou omissão) praticada.

A caracterização de um ato ilícito – como ocorre com qualquer fato jurídico, ressalte-se – decorre simplesmente da verificação da subsunção de um ato (ou fato) a uma norma jurídica que lhe qualifique¹⁴². Desde que uma norma jurídica descreva um fato, conferindo certos atributos a ele, tem-se um fato jurídico que, segundo a espécie de adjetivo conferido a ele, pode tornar-se fato ilícito. Para que um fato ou ato, pois, seja caracterizado como ilícito, basta que ele seja colorido pela regra jurídica como tal, sem que deva, necessária e inexoravelmente, gerar por isso algum resultado no mundo sensível diante de sua verificação concreta. É dizer que, para que se possa ter um fato como ilícito, apenas se exige a sua qualificação por uma regra jurídica, sem que seja necessária qualquer espécie de cogitação sobre eventuais resultados que possa operar no mundo físico. Evidentemente, pode ocorrer que a regra jurídica apenas atribua ao fato a adjetivação de “ilícito” se dele decorrer alguma consequência no plano real¹⁴³; isso, porém, não é imprescindível para que se possa ter a figura, sendo mero elemento acessório, verificável em situações determinadas, segundo a estrutura da regra jurídica elaborada. Destarte, pode-se concluir pela existência de lesão a direito (à regra jurídica) que não seja acompanhada de nenhum dano concreto. De fato, o ato ilícito (*contra ius*) prescinde,

¹⁴² Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. I, p. 79-80.

¹⁴³ Assim ocorre, por exemplo, com a regra do art. 667 do Código Civil, ao dizer que “o mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente”. Evidentemente, em semelhante regra, o ilícito cuja ocorrência se sanciona como o dever de indenizar somente ocorre se existente algum *prejuízo efetivo*, por conta exatamente do teor expresso da regra.

completamente, para sua verificação, em regra, do exame de eventuais consequências que dele decorrem no mundo sensível¹⁴⁴.

Verifica-se que é perfeitamente possível encontrar hipóteses de danos lícitos, como aquele decorrente da expropriação, independentemente de indenização, de imóveis particulares, pela União, em que se encontre cultivo ilegal de plantas psicotrópicas (art. 243 da CF/88). Em geral, porém, o direito preocupa-se com o dano ilícito, já que este constitui a causa fundamental da sanção civil reparatória¹⁴⁵.

De toda forma, nesse sentido, é claramente identificável a situação ilícita, como separada do evento “dano”, que lhe é meramente acidental (na maioria das vezes) e ocasional. Realmente, o dano é, exclusivamente, pressuposto necessário para a incidência da responsabilidade reparatória. A tutela jurisdicional, porém, que não se revista desse conteúdo (reparação do dano) jamais precisará preocupar-se com esse prejuízo sensível para incidir. A propósito, é magistral a advertência de Pontes de Miranda, dirigida no sentido de que

[...] não se identifiquem o delito (ato ilícito) e a reparabilidade. Pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem dano, e, pois, sem que se possa reclamar a reparação. Então, a ilicitude só permite a legítima defesa, as ações de manutenção de posse, os preceitos cominatórios, o *habeas corpus* e outros remédios preventivos dos danos à pessoa ou ao patrimônio¹⁴⁶.

Desse modo, resta estabelecida a distinção e reconhecido que o ato contrário ao direito pode ser tutelado isoladamente, de forma independente da presença ou não do dano efetivo como sua consequência. Obviamente, a proteção contra o ilícito puro (sem considerações sobre o dano) não se confunde com a tutela outorgada contra o dano. Não se pode, por exemplo, pensar em ressarcimento se não há dano, já que essa modalidade de tutela é umbilicalmente vinculada à presença do dano; todavia, são perfeitamente imagináveis, contra o ilícito, meios de tutela que visem ao seu impedimento ou à remoção dos efeitos que gerou.

Portanto, em modos semelhantes de proteção, em que não se combate o dano, desnecessário e prescindível é o questionamento a respeito deste, seja de sua

¹⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003. p. 102.

¹⁴⁵ Ibid., p. 103.

¹⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. LIII, p. 85.

ocorrência pretérita, seja de sua eventual futura incidência¹⁴⁷. Limita-se a atuação jurisdicional – e, por conseguinte, a atuação dos Tribunais de Contas – a questionar a respeito da existência prévia ou da possibilidade de ocorrência futura do ilícito, sem nenhuma perquirição acerca de eventual prejuízo decorrente dele.

No que tange especificamente à tutela inibitória, contenta-se o provimento jurisdicional com a existência de ameaça do ilícito. A possibilidade de sua ocorrência no futuro é o suficiente para permitir a concessão de tutela do direito, a impedir que aquele venha a ocorrer. Esta é, com efeito, a lição precisa de Aldo Frignani, a dizer que

[...] a ação inibitória é caracterizada pela presença de três condições: uma positiva (perigo de um prejuízo futuro) e duas negativas (prescinde-se do dano e prescinde-se da culpa). Que onde quer que esteja a inibitória se faça entrar na mais ampla categoria dos meios de tutela preventiva é um dado pacífico; o que é de se ‘prevenir’ é um pouco menos. Inicialmente a ligação era com o ‘dano’ (aí compreendidas também as ‘moléstias’ que impedem a fruição real), e a inibitória servia para evitar este mesmo. (...) Apenas sucessivamente se reconheceu que a tutela preventiva serve para prevenir o ato ilícito, como fonte produtiva de dano. Hoje se reconhece a exigência de prevenção também contra a simples violação de uma norma que tutela um ‘interesse’ (prejuízo a um interesse tutelado): e sobre esta exigência compreende-se fazer frente, na maneira como se verá, a ação inibitória de que trata o art. 1.469-*sexies* c.c.¹⁴⁸.

Semelhante é a conclusão a que chegou Marinoni, que escreve:

É certo que a probabilidade do ilícito é, com frequência, a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível se separar, cronologicamente, o ilícito e o dano. Contudo, o que se quer deixar claro, na linha da melhor doutrina italiana, é que para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória¹⁴⁹.

De todo desnecessária, por conseguinte, é, em uma ação inibitória, a referência à efetiva ou à futura presença de dano na conduta que se pretende evitar. Basta a demonstração de que a conduta descrita viola alguma norma jurídica para que a

¹⁴⁷ Em sentido contrário, entende Lorenzetti que a tutela inibitória dirige-se à prevenção contra o dano, fazendo a este expressa referência e, portanto, cogitando de sua ameaça (LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 346).

¹⁴⁸ FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni “fuori dal coro” di un civilista). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, out.-dez. 1997. p. 1.000.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998. p. 38.

tutela contra o ilícito seja cabível. Qualquer outro elemento é impertinente à demanda e ao conteúdo da cognição judicial, devendo ser evitado.

Importa, outrossim, recordar que, eventualmente, pode a norma jurídica qualificar como ilícita certa conduta apenas quando esta venha acompanhada de algum resultado físico. Nesse caso, conquanto ainda se permaneça (em sede inibitória) protegendo apenas contra o ilícito, este somente existirá se da conduta puder decorrer algum dano – pois somente aí a ação será ilícita. Em sendo esta a hipótese, portanto, dado que a norma jurídica somente incide (qualificando como ilícita a conduta) se da ação humana decorrer dano, a tutela inibitória deverá preocupar-se com esse prejuízo para poder incidir. Ressalvada, todavia, essa eventualidade, decorrente de previsões acidentais da regra jurídica, não é objeto da preocupação da tutela inibitória a questão do dano¹⁵⁰.

6.2 O CONCEITO DE DANO AO ERÁRIO

Atualmente, há recorrente discussão no que tange ao conceito de dano ao erário passível de punição em procedimentos de prestação de contas, sobretudo nas hipóteses em que se cogita do gasto de valores pela Administração Pública para pagamento de mercadorias ou serviços.

Por definição, dano ao erário é o prejuízo da Fazenda Pública. Em outras palavras, é a entrega de um bem sem uma contraprestação, ou o recebimento aquém daquilo por que se pagou. Percebe-se, portanto, que o prejuízo está intrinsecamente relacionado a um balanço verificado na liquidação do ajuste, tratando-se de definição de natureza eminentemente contábil.

Uma vez apurados os fatos, identificados os responsáveis e quantificado o dano, a autoridade administrativa competente deverá esgotar as medidas que lhe competem, com vistas à correção da irregularidade ou recomposição do dano ao erário.

¹⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003. p. 111.

Infere-se, portanto, que a verificação da existência de dano ao erário precede a atuação do Tribunais de Contas em diversos casos, na medida em que não se justificaria o início do processo quando não verificado prejuízo aos cofres públicos. Por conseguinte, o dano à Administração, quantificado pecuniariamente, configura pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular dessa espécie de processo no Tribunal de Contas.

Ademais, uma vez não comprovada a ocorrência de dano ao erário, não se constata hipótese de julgamento pelo Tribunal de Contas da União, conforme previsão contida nos arts. 5º e 7º da Instrução Normativa n. 71, de 28/11/2012, *verbis*:

Art. 5º. É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos suficientes para:

I - comprovação da ocorrência de dano; e

II - identificação das pessoas físicas ou jurídicas que deram causa ou concorreram para a ocorrência de dano.

[...]

Art. 7º. Serão arquivadas as tomadas de contas especiais, antes do encaminhamento ao Tribunal de Contas da União, nas hipóteses de:

I - recolhimento do débito;

II - comprovação da não ocorrência do dano imputado aos responsáveis;

[...]

A partir dos dispositivos transcritos, depreende-se que o feito somente pode ser objeto de julgamento caso haja sido efetivamente apurado dano ao erário. Desse modo, não havendo sido detectado prejuízo financeiro aos cofres públicos após a devida instrução dos autos no órgão de origem, não há questão a ser apreciada no processo, uma vez que ausente um de seus pressupostos.

Ademais, no que toca às hipóteses de concessão de provimentos de natureza provisória pelo Tribunal de Contas da União, importa ressaltar que, consoante o art. 276 do Regimento Interno do TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão.

Cintra, Grinover e Dinamarco ensinam que

A atividade cautelar foi preordenada para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*)¹⁵¹.

Nessa esteira, oportuno invocar decisões do Tribunal de Contas da União a esse respeito, como o voto do Ministro Valmir Campelo na Tomada de Contas infracitada:

ACÓRDÃO N. 91/2013 – TCU – Plenário

1. Processo n. TC 046.553/2012-6.
2. Grupo II – Classe I – Assunto: Agravo (em processo de Representação).
3. Interessada: G4F Soluções Corporativas Ltda. – EPP (CNPJ 07.094.346/0001-45).
4. Unidade Jurisdicionada: Ministério da Fazenda.
5. Relator: Ministro Valmir Campelo.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES RELACIONADAS À HABILITAÇÃO DA LICITANTE VENCEDORA DO CERTAME. REPRESENTAÇÃO CONHECIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO PROVIMENTO ACAUTELATÓRIO. INDEFERIMENTO DA MEDIDA EXCEPCIONAL PLEITEADA. AGRAVO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA.

[...]

4. Neste juízo inicial, não vislumbro a necessidade de concessão da medida cautelar solicitada, que é sempre de natureza excepcional, devendo, por isso, ser expedida somente quando, indiscutivelmente, estiverem presentes os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.

5. Como bem exposto na instrução precedente, não há, nos presentes autos, elementos suficientes para caracterização inequívoca do **periculum in mora**. O contrato decorrente do certame ora impugnado já foi assinado, de modo que os serviços já estão em execução. Ademais, não há indícios que sugiram a existência de irreparabilidade ou difícil reparação do direito pleiteado pela representante, caso se tenha de aguardar o trâmite normal deste processo.

[...] ¹⁵²

No mesmo sentido, o voto da Ministra Ana Arraes:

ACÓRDÃO N. 1918/2015 – TCU – Plenário

1. Processo TC 003.093/2001-1.

¹⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 280.

¹⁵² BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Proc. n. TC 046.553/2012-6, Rel. Min. Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

- 1.1. Apenso: TC 019.746/2011-3.
2. Grupo II – Classe I – Agravo.
3. Agravante: Wigberto Ferreira Tartuce (CPF 033.296.071-49).
4. Unidades: Departamento de Qualificação do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e então Secretaria de Trabalho, Emprego e Renda do Distrito Federal – Seter/DF.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.

SUMÁRIO: AGRAVO CONTRA DESPACHO QUE CONHECEU DE RECURSO DE REVISÃO SEM ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA A REFORMA DA DELIBERAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

[...]

12. Daí ser necessário, para concessão de efeito suspensivo ao recurso de revisão, avaliar se há a presença dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido e do perigo da demora (conforme, inclusive, jurisprudência apresentada no agravo – EDAG 0010138-56.2003.4.01.0000/MG) e, ainda, se existe fundado receio de grave lesão **ao erário** ou ao **interesse público** ou risco de ineficácia da decisão de mérito com a suspensão do deliberado, nos termos do art. 276 do Regimento Interno, da mesma forma que o TCU tem feito na concessão de cautelar para negar efeito suspensivo a recurso que detenha esse atributo.

[...] ¹⁵³

Verifica-se, portanto, que a concessão de medidas de natureza provisória no juízo de cognição sumária na seara administrativa, levado a cabo pelos Tribunais de Contas, tem seu fundamento na autorização permanente da norma administrativa e orgânica infraconstitucional, em obediência ao corolário constitucional da segurança jurídica, sendo tal providência adotada sempre que presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A sustação de atos omissivos ou comissivos, com eventual reprimenda estatal justa e constante da reserva legal, como meio de solução dos conflitos e pacificação social, com a possibilidade do deferimento de medidas coercitivas acautelatórias, visando ao cumprimento das normas que regulam os direitos constitucionais fundamentais e os princípios que regem a Administração Pública em geral, impõe-se na seara das relações jurídicas verticais — Estado *versus* sociedade —, utilizando-se do direito material e processual administrativo, seja pelo poder de polícia, seja

¹⁵³ BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Proc. n. TC 003.093/2001-1, Rel. Min. Ana Arraes. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

pela prática de atos vinculados, seja pelo juízo de cognição sumária ou plena no curso de um devido processo legal¹⁵⁴.

Assim, as medidas cautelares adotadas pelos Tribunais de Contas afiguram-se como instrumentos capazes de promover medidas de controle urgentes, evitando ou reduzindo os prejuízos decorrentes de atos praticados por gestores públicos.

Percebe-se, por conseguinte, que as medidas de natureza provisória adotadas no âmbito dos Tribunais de Contas contribuem para a evolução do controle externo da Administração Pública, na medida em que se mostram capazes de promover decisões céleres e proporcionar resultados reais de proteção ao erário, quer evitando que o dano ocorra, quer impedindo que o mesmo continue a perdurar.

Ademais, e por fim, importa registrar que a concessão de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas deve passar por um processo constante de evolução na atividade administrativa e judicante, avançando em direção ao reconhecimento e implantação de uma cultura de respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, infundindo-as nos agentes públicos que exercem ou exercerão num futuro próximo a representação de parcela do poder estatal.

6.3 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO

Certo é que a quantificação do dano, para efeitos práticos, deve se fundamentar na ideia da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade da conduta. Assim, nas hipóteses de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo do injusto apresenta-se tão pequeno que não subsiste qualquer razão para imposição da reprimenda.

Ademais, o valor do suposto dano suportado pelo erário apresenta-se revelador na caracterização da referida insignificância, haja vista que tal definição, *a priori*, poderia estar dentro do que a doutrina denomina de “conceitos jurídicos indeterminados”.

¹⁵⁴ CORRÊA DE MELLO, Marcílio Barenco. O princípio da proibição do excesso na concessão de medidas cautelares pelas cortes de contas. **Revista TCE/MG**, Belo Horizonte, jul./set. 2012. p. 60-61.

A respeito dessa questão, trazendo à baila as decisões já pacificadas pelo Tribunal de Contas da União, foi sumulado o entendimento, na seara da União, por meio da edição da Súmula n. 132, que assenta:

A título de racionalização administrativa e simplificação processual e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, serão arquivados, ainda que não estejam em fase de execução, os processos de tomadas e prestações de contas de responsáveis, cujos débitos forem iguais ou inferiores a Cr\$ 1.000,00 ou ao limite que se estabelecer, por disposição legal superveniente, para cancelamento de débitos, de qualquer natureza, inscritos ou não na Dívida Ativa da União.

Na seara da Administração Federal direta, a questão encontra-se regulada pela Lei n. 10.522/2002, cujo art. 20, já na redação que lhe foi conferida pela Lei n. 11.033/2004, define como de pequeno valor as dívidas consolidadas em importe igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Decerto, tal definição demanda lei específica sobre a matéria, para adequar a execução orçamentária aos parâmetros definidos por cada ente federado, dentro das suas disponibilidades financeiras.

No contexto dos processos nos Tribunais de Contas é imprescindível ter previamente demonstrado o fato lesivo (irregularidade) ao patrimônio público, o valor pecuniário do prejuízo decorrente e o agente público responsável.

7 A ADOÇÃO DE PROVIMENTOS DE TUTELA PROVISÓRIA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A amplamente sabida e tradicional morosidade da Justiça não é uma singularidade do processo judicial, é dizer, não representa condição restrita aos órgãos do Poder Judiciário. Igualmente na esfera do processo administrativo – em que os órgãos de controle externo suportam a mesma situação –, a dilação natural do *decisum*, a vagarosidade da concretização dos atos decisórios que perseguem a efetiva prestação da tutela jurisdicional, tem o condão de tornar ineficaz o direito avocado, causando prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, o que justifica a inevitabilidade de se construir técnicas aptas a frear o efeito “corrosivo” do tempo sobre os direitos¹⁵⁵.

Nessa esteira, tal qual ocorre no processo civil, a solução para esse distúrbio, *a priori*, assenta-se na necessidade de antecipação dos atos decisórios processuais. Segundo Scapin, a percepção de que a morosidade desacredita os procedimentos formais de resolução de controvérsias “[...] acabou valorizando a figura da técnica antecipatória no processo, o que deflagrou, no âmbito do processo de contas, a reflexão quanto à utilidade de provimentos provisórios”¹⁵⁶.

Nota-se ter havido, dessarte, uma mudança do ponto focal do processo. Anteriormente, os atos processuais orbitavam em torno das sentenças, ao passo que, na atualidade, o ponto crucial do litígio é a liminar e a antecipação de tutela. Por essa razão, o *decisum* final favorável, outrora objeto central da lide e cuja prolação, agora, encontra-se distante no tempo, cedeu lugar à antecipação da prestação jurisdicional cautelar, a despeito de sua precariedade.

¹⁵⁵ No entendimento de Dinamarco (2004), a realidade sobre a qual se assentam os dispositivos legais instituidores das medidas de urgência no ordenamento jurídico é “o *tempo como fator de corrosão de direitos*”. Segundo o autor, quando atinarmos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela estão inseridas nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a resposta para nossas dúvidas conceituais e o caminho há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.

¹⁵⁶ SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas**: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 101.

Especialmente na seara de atuação dos Tribunais de Contas, a tardança da decisão final pode resultar em danos à sociedade, tendo em vista que os interesses protegidos pelo órgão de controle abrangem o interesse público na melhor utilização dos recursos públicos, na execução das políticas públicas acorde com a previsão legal, na observância das normas constitucionais e legais, por fim, na gestão adequada da coisa pública. Nesse contexto, consequentemente, sobressaem-se os provimentos de tutela provisória no processo de controle.

Importa ressaltar que a terminologia “provimentos provisórios” não sói ser utilizada, nem pela doutrina, nem pela jurisprudência, com o propósito de conceituar qualquer espécie de atuação dos Tribunais de Contas. As decisões proferidas pelos Tribunais de Contas e que se caracterizam pelo aspecto da provisoriedade (estando pendentes de decisão definitiva, assim sendo) são identificadas, comumente, por “medidas cautelares”. Inobstante existir a possibilidade de extração de medidas cautelares a partir do conteúdo das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, nem todo provimento concedido pelos Tribunais de Contas e revestido de caráter provisório possui as peculiaridades da cautelaridade. Decerto, a mixórdia existente no sentido de classificar como *cautelar* todas as medidas dotadas da característica da provisoriedade encontra sua causa no processo civil, uma vez que seus estudos principiantes assim afirmavam, o que se estendeu até à exata sistematização dos provimentos provisórios em espécies distintas, sendo uma delas a que comporta a medida com caráter cautelar.

Como dito anteriormente, o novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 13.105/2015), publicado em 16 de março de 2015 e vigente após o decurso de um ano de sua publicação, consagrando tal evolução dos institutos processuais, regulamentou a *tutela provisória* em seu Livro V, a partir do artigo 294.

Haja vista o paralelismo existente entre o processo de contas e o processo civil, conforme a exposição supracitada, bem como a sistematização contemporânea da matéria trazida pelo novo Estatuto Processual Civil, entende-se que a forma mais apropriada de caracterizar as decisões dos Tribunais de Contas – presentemente denominadas de “medidas cautelares” – é identificá-las por “provimentos provisórios”, terminologia esta que será utilizada doravante.

7.1 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA CONCESSÃO DE TUTELAS CAUTELARES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Tendo em vista a aplicação subsidiária do processo civil a outras áreas do Direito, inclusive à seara administrativa, faz-se mister tecer sucintos apontamentos acerca das tutelas provisórias adotadas no âmbito do Poder Judiciário, a fim de ensejar a melhor compreensão do tema eleito.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, a função cautelar é instrumental, haja vista que

[...] não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; [mas] só atende, provisória e emergencialmente, a uma necessidade de segurança, perante uma situação que se impõe como relevante para a futura atuação jurisdicional definitiva¹⁵⁷.

Tal provimento provisório materializa-se em atendimento assumido com o fito de tornar segura uma situação jurídica ou a efetividade da tutela do direito material, constituindo medida de urgência tendente a obstar dano irreparável ou de difícil reparação.

Sobreleva trazer à baila a definição esposada por Marinoni e Mitidiero acerca do tema:

A tutela cautelar é um instrumento que visa a assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou a assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso [...]. É caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade¹⁵⁸.

Desta maneira, a tutela provisória objetiva amparar direito ameaçado que, se não assegurado com urgência, está sujeito a se perder em razão de acometimento de dano grave ou de difícil reparação. O Judiciário brasileiro, assentado em condições consubstanciadas no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, tem se manifestado no sentido de acautelar os direitos, objetivando evitar iminentes danos que possam lesar o requerente ou mesmo a Administração Pública. A propósito, o entendimento externado pelo Judiciário não abrange tão somente as demandas de competência

¹⁵⁷ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2. p. 543.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008. p. 739.

judiciária, mas também se estende à aplicação dos provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas.

Diante do painel apresentado, sustenta-se que a possibilidade de concessão de tutela cautelar decorre das competências fiscalizadoras dos Tribunais de Contas e, no sentido de fundamentar tal asserção, invoca-se a teoria dos poderes implícitos, prenunciada de forma subliminar na Constituição Federal e concessora de amplos poderes aos Tribunais de Contas, mesmo que não arrolados explicitamente no texto constitucional.

Importa mencionar a jurisprudência mais relevante acerca da matéria. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.510/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no ano de 2003, dissolveu a polêmica ao patrocinar a possibilidade da concessão de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1 – *Omissis*. 2 – Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei n. 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3 – *Omissis*. Denegada a ordem¹⁵⁹.

Nesta senda, acorde com o entendimento sustentado pela Ministra Ellen Gracie, a concessão de provimentos provisórios é inseparável do exercício das atribuições conferidas aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal de 1988, sendo-lhe um instrumento apropriado para evitar a frustração de seu papel de controle.

Na circunstância do voto do mandado de segurança em questão, o Ministro Cezar Peluso destacou que “é melhor prevenir do que remediar”, e o Ministro Celso de Mello compôs as seguintes ponderações que precederam sua posição:

Vale referir, ainda, que se revela processualmente lícito, ao Tribunal de Contas, conceder provimentos cautelares “inaudita altera parte”, sem que incida, com essa conduta, em desrespeito à garantia constitucional do

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.510/DF**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União – TCU. Relator: Ministra Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 nov. 2016.

contraditório. É que esse procedimento mostra-se consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária, muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público [...]. Essa visão do tema tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário, que, embora exposto a propósito do processo judicial, traduz lição que se mostra inteiramente aplicável aos procedimentos administrativos, notadamente àqueles instaurados perante o Tribunal de Contas, considerando-se, para esse efeito, os princípios e diretrizes que regem a teoria geral do processo [...]. Daí a possibilidade, ainda que excepcional, de concessão, sem audiência da parte contrária, de medidas cautelares, por deliberação do Tribunal de Contas, sempre que necessárias à neutralização imediata de situações de lesividade, atual ou iminente, ao interesse público [...]. A sumariedade do conhecimento inicial nessas medidas não se confunde, porém, com puro arbítrio do julgador. [...] De sorte que a faculdade conferida ao juiz no art. 804 só deve ser exercitada quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva. E, pelas mesmas razões, a decisão, ainda que sucinta, deve ser fundamentada [...]¹⁶⁰.

Neste mesmo sentido, em julgamento de mandado de segurança de sua relatoria, o Ministro Celso de Mello ensinou que

O TCU tem legitimidade para expedição de medidas cautelares [...] pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício [...] das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República. Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário. Impende considerar [...] [que a] doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819) – enfatiza [que] a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia. [...] É importante rememorar, neste ponto, que o deferimento da medida liminar, resultante do concreto exercício do poder cautelar geral outorgado aos juízes e Tribunais, somente se justifica em face de situações que se ajustem aos pressupostos referidos no art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51: a existência de plausibilidade jurídica ("fumus boni juris"), de um lado, e a

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24.510/DF**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União – TCU. Relator: Ministra Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 nov. 2016.

possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ("periculum in mora"), de outro¹⁶¹.

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido de que os Tribunais de Contas, dada a sua incumbência de zelar pela fiscalização e interesse público, têm, sim, a prerrogativa de prevenir danos futuros. Assim, ineditamente, com o julgamento do Mandado de Segurança n. 24.514/DF, ficou assegurado ao Tribunal de Contas da União o direito de adotar tutela provisória para resguardar o resultado final de seu julgamento, havendo, por certo, substancial ampliação da interpretação do art. 71 da Lei Fundamental da República pelos ministros da Suprema Corte brasileira.

No ano de 2009, o então Ministro Presidente Gilmar Mendes, amparado no entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal, prolatou decisão na Suspensão de Segurança n. 3.789/MA, que versava sobre propositura do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão contra deliberação do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que tornara ineficaz provimento cautelar expedido pela Corte de Contas:

1. Trata-se de pedido de suspensão de segurança, ajuizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, contra decisão do Des. Jaime Ferreira de Araújo, do Tribunal de Justiça desse Estado, que concedeu liminar, em favor do Estado do Maranhão, nos autos do MS n. 10363/2009, tornando sem efeito a suspensão dos efeitos orçamentários, contábeis e financeiros dos Decretos n. 25.119/2009 e de n. 25.130/2009 a 25.180/2009 (fls. 03/04), todos de abertura de créditos suplementares, e suspensos cautelarmente pelo ora requerente. Alega o Tribunal de Contas que tais Decretos violam as previsões contidas na lei orçamentária, o que reclama sua atuação, nos termos do art. 71, IX e X, da Constituição Federal, para sustar, liminarmente, atos que, aparentemente ilegais, são aptos a produzir grave lesão ao erário. 2. É caso de deferimento de suspensão. De acordo com o regime legal de contracautela (Leis n. 4.348/64, n. 8.437/92, n. 9.494/97, e art. 297 do RISTF), compete a esta Presidência suspender execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. A cognição do pedido exige, ademais, demonstração da natureza constitucional da controvérsia (cf. Rcl n. 497-AgR/RS, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS n. 2.187-AgR/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS n. 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004). E está presente tal requisito, pois em jogo, aqui, alegada violação ao art. 71 da Constituição da República. O TCE pretende lhe seja reconhecida competência constitucional, para, diante de fundado receio de

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.547/BA**. Impetrante: Companhia das Docas do Estado da Bahia. Impetrado: Tribunal de Contas da União – TCU. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 nov. 2016.

lesão à ordem jurídica, expedir medidas cautelares, tendentes a prevenir gravames ao erário e a garantir a efetividade de suas decisões [...]. São conclusões que de todo convém à espécie, pois, no caso, sob pretexto de que a 'Corte de Contas Estadual não detém função jurisdicional típica' (fls. 23), o que é truísmo, o ato ora impugnado, cassando-lhe a eficácia da ordem de suspensão dos decretos e dos respectivos convênios, a princípio tidos por danosos ao tesouro estadual, aniquilou na prática, à primeira vista, a competência fiscalizatória que a Constituição Federal outorgou àquele órgão e que, como é óbvio, só pode exercida, se lhe sejam assegurados os meios que a garantam e tornem efetiva. 3. Do exposto, defiro o pedido de suspensão de segurança, para suspender os efeitos da decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 10363/2009, inclusive no que respeita à proibição da Corte de Contas Estadual determinar suspensão de atos análogos¹⁶².

Conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de concessão de tutela cautelar é admitida à função de controle externo exercida pelos Tribunais de Contas, de modo que não há falar em impossibilidade de os Tribunais de Contas praticarem o exercício de tal poder, uma vez que essa prerrogativa foi tida por legítima pela mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro, investida da competência de assentar a derradeira interpretação acerca das normas do sistema jurídico deste país.

Ademais, escaparia à razão o não reconhecimento da possibilidade de concessão de cautelares à função de controle externo dos Tribunais de Contas haja vista que tanto a doutrina brasileira quanto a jurisprudência atribuem às funções jurisdicional e administrativa a faculdade da concessão de tutela cautelar.

Neste sentido, é possível afirmar, convergentemente com o encadeamento lógico e necessário formulado pelo STF em sua jurisprudência acerca da possibilidade de concessão de cautelares tacitamente conferida aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal, que não seria concebível a atribuição expressa, pelo texto constitucional, de competências aos Tribunais de Contas para o exercício de função estatal sem que houvesse, concomitantemente, permissão para o recurso ao aparato congruente com o cumprimento de tal função.

Inobstante a invocação da teoria dos poderes implícitos pelo Pretório Excelso com o fim de sustentar seus argumentos, certo é que o STF poderia, sem olvido à teoria da processualidade ampla, ter amparado seu raciocínio nas investigações

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n. 3.789/MA**. Impetrante: Estado do Maranhão. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de abril de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 nov. 2016.

processualistas que estabelecem a relação entre a técnica processual apropriada e a tutela dos direitos cuja concretização se pretende efetivar.

Ao tratar dessa questão, Scapin afirma que

[...] tal silogismo decorre da compreensão de que as técnicas do processo e suas classificações devem ser adequadas às tutelas que o Estado se propõe a ofertar aos direitos por ele preestabelecidos. Disso resulta a necessidade de se atualizar a sistematização teórica da matéria processual na medida em que se renovam ou se modificam os direitos a serem tutelados de acordo com o ordenamento jurídico. A função do processo é dar efetividade aos direitos tutelados pelo Estado, logo deve contar com técnicas que assim proporcionem. Se a classificação das técnicas do processo não mais permite a correta tutela dos direitos preestabelecidos pelo ordenamento, o que deve ser ajustada é a classificação teórica do processo e seus provimentos e não o contrário. Primeiro vem os direitos escolhidos pelo ordenamento jurídico (constitucional e infraconstitucional) para depois vir o processo e suas respectivas técnicas visando à tutela daqueles¹⁶³.

Ainda nessa seara, objetivando expor a sapiência de que a classificação tradicional das sentenças (declaratória, condenatória e constitutiva) não bastava para assegurar os direitos conferidos pelo Estado Constitucional, Marinoni leciona:

Porém, o que realmente importa é perceber que as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais que variam conforme as necessidades do direito material expressas em cada momento histórico. A classificação das sentenças, do mesmo modo que a ação – como a doutrina já fez questão de frisar –, tem uma visível relatividade histórica. A compreensão das sentenças, isto é, das técnicas processuais – que podem ser chamadas de sentenças, provimentos, etc. – capazes de permitir a tutela dos direitos depende da consideração do Estado, do momento social e político, e sobretudo do ordenamento jurídico nos quais operam¹⁶⁴.

Alheando a teoria dos poderes implícitos e tendo na devida conta a ideia elaborada, compreendem-se sem esforço as razões que estribam o reconhecimento da possibilidade de concessão de cautelares pelo órgão de controle externo. Segundo Scapin, atentando para os casos em que o Supremo manifestou-se pela autorização da possibilidade de concessão de cautelares pelos Tribunais de Contas, “[...] é possível afirmar [...] que foi reconhecido poder geral para utilização de provimentos

¹⁶³ SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas:** das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 152.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 417.

de urgência, uma vez que se tratavam não só provimentos cautelares, mas também de satisfativos”¹⁶⁵.

Há que se esquadriñar, nessa esteira, a correção e atitude do reconhecimento da jurisprudência da Corte Suprema, a fim de que sejam indicados quais são os institutos processuais indispensáveis e cônsonos para o processo de contas assegurar o direito fundamental à boa administração pública – cuja concretização e cuja preservação competem, por preceito constitucional, ao Tribunal de Contas.

Assim sendo, com amparo nas ponderações estruturadas *supra*, pode-se asseverar que a jurisprudência é cristalina em estabelecer a imprescindibilidade de uma leitura sistemática e teleológica da norma constitucional, com vistas a dar efetividade à essencial função constitucional atribuída aos Tribunais de Contas, asseverando a força de suas decisões e, por conseguinte, a plena e eficaz tutela do patrimônio público.

7.2 A CONCESSÃO DE TUTELAS CAUTELARES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A competência de julgar as contas ordinárias de ordenadores de despesas é função típica do TCU, assim como as contas de todos aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo aos cofres da União, consoante o disposto no artigo 71, inciso II, da Constituição Federal.

Para tanto, foi conferida ao TCU não apenas a competência de julgar contas, mas também de “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário” (inciso VIII, art. 71, Constituição Federal).

Nessa esteira, na medida em que a Constituição Federal dispõe, no rol de sua missão institucional, de competências para julgar, de forma privativa e independente,

¹⁶⁵ SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas:** das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 152-153.

as contas de administradores públicos e demais responsáveis que causarem prejuízo à União, ela também confere ao TCU, com a força do artigo 73, as atribuições dos Tribunais do Poder Judiciário, de acordo com as normas do artigo 96.

Com essa conformação institucional singular, que consagra funções de controle de espectro semelhante à função jurisdicional, consoante a jurisprudência do STF assentada no Mandado de Segurança n. 23.550, o TCU é uma instituição de controle externo que atua com plena independência funcional do Congresso Nacional, congregando competências próprias que se dividem em duas funções essenciais para o exercício do controle externo:

- i) a função de investigação, exercida pelo seu Órgão de Instrução, integrado de Auditores de Controle Externo concursados; e
- ii) a função de judicante, cujos órgãos colegiados são integrados por Ministros Titulares e Substitutos. E por exercer competências judicantes no plano do controle externo, junto ao TCU funciona o Ministério Público de Contas, que também exerce a função investigativa.

Destarte, pode-se afirmar que o poder cautelar do TCU decorre de sua competência constitucional de julgar contas e de aplicar sanções na esfera de controle externo.

Harmônico com essa modelagem constitucional, o artigo 44, § 2º, da Lei n. 8.443, de 1992, confere ao TCU a competência para, no início ou no curso de qualquer apuração, *“decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração”*.

Assim, acerca do exercício dessa missão constitucional-legal, o STF reconhece ao TCU a possibilidade de concessão de cautelares, que lhe permite obstar qualquer ilegalidade ainda em curso, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

7.3 LIMITES À CONCESSÃO DE TUTELAS CAUTELARES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

7.3.1 Há discricionariedade na atuação do julgador?

Exige-se do juiz a adequada compreensão da presença ou não dos requisitos necessários para a concessão da tutela cautelar, que são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Trata-se de conceitos imprecisos, e embora o juiz tenha ampla liberdade para agir no âmbito da concessão de cautelares, não se confunde com discricionariedade.

Embora o julgador detenha vasta autonomia para análise dos requisitos para a concessão da cautelar, não se trata de um poder ilimitado¹⁶⁶.

Assim, o poder de concessão de tutela cautelar não é discricionário, só podendo ser exercido quando diante dos requisitos que autorizam a sua concessão, e nos exatos termos do pedido formulado pelo interessado.

Em sentido contrário, há entendimento de outros doutrinadores no sentido de que como o Código de Processo Civil não previu todas as hipóteses legais e incidência em *numerus clausus*, o legislador teria permitido ao julgador agir com discricionariedade. Ressalta-se, porém, que o juiz não possui liberdade absoluta para a análise dos requisitos para a concessão de cautelar. Se o poder cautelar é amplo e não restrito a casos predeterminados, não é, porém, arbitrário, muito menos ilimitado.

Fazendo parte da corrente que entende ser discricionário o poder de conceder cautelares, Baptista da Silva afirma:

Deve, contudo, o ato discricionário manter-se fiel à finalidade prevista em lei. Se o agente, sob pretexto de valer-se de seu poder discricionário, pratica algum ato aberrante dos propósitos visados pelo legislador, de tal modo que os próprios fins pretendidos pelo preceito legal se frustrem, então o ato será ilegítimo e portador de abuso de poder¹⁶⁷.

¹⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 222.

¹⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1985. v. XI. p. 117.

Seguindo o mesmo raciocínio, Teixeira Filho afirma:

Em linhas transatas, empenhamo-nos em alertar que os conceitos jurídicos de discricionariedade e de arbitrariedade não se confundem. A renovação dessa advertência torna-se agora necessária para propiciar um exato entendimento acerca do perímetro legal em cujo interior o juiz exercita e desenvolve a discricionariedade inerente ao seu poder geral de acautelamento [...]. A transposição desses limites converte a discricção em arbítrio e desnuda o divisor de águas entre o que é legal e o que é contrário à lei¹⁶⁸.

Sendo assim, verifica-se que juiz desempenha uma função fundamental à plena garantia da democracia, razão pela qual suas decisões devem ser motivadas adequadamente; do contrário, seu papel de guardião da democracia seria exercido, paradoxalmente, de forma arbitrária.

A motivação adequada contribui para inibir o discricionarismo e o abuso de autoridade. Na análise do *periculum in mora*, o juiz é chamado a fazer juízos prognósticos, previsões sobre a probabilidade de ocorrerem eventos futuros – danos, prejuízos ou quaisquer outros que se pretenda evitar. Observando-se a estrutura desse raciocínio, percebe-se que compete a ele identificar o evento que se trata de prever e valorar o acerto dessa previsão.

7.3.2 Necessidade

Outro requisito deve ser observado para a concessão de tutela cautelar: o da necessidade.

Alexandre Câmara ensina:

Trata-se, aliás, de limite inerente à própria ideia de tutela jurisdicional que só pode ser prestada quando se fizer necessária. Não sendo a medida cautelar necessária, não deve ela ser deferida¹⁶⁹.

Seguindo o mesmo entendimento, Theodoro Júnior ensina que:

A primeira e mais evidente limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida

¹⁶⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **As Ações Cautelares no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 165.

¹⁶⁹ FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. III. p. 48.

realmente “necessária”, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida¹⁷⁰.

Assim sendo, a tutela cautelar só pode ser concedida quando a medida se revelar realmente necessária.

7.3.3 Atuação de ofício do julgador na tutela cautelar

Outro limite à possibilidade de concessão de cautelares que merece destaque diz respeito às que são concedidas *ex officio*.

Enfrentaremos de início o revogado artigo 797 do CPC/1973, que dizia: “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”¹⁷¹.

O dispositivo em comento revelava maior liberdade do julgador ao conferir a hipótese em que o magistrado poderia determinar a medida cautelar que não havia sido pleiteada, prestando esta espécie de tutela jurisdicional *ex officio*.

Nesse sentido, a tutela cautelar tinha por função garantir a jurisdição, o próprio processo. Assim, nos casos em que a utilidade da tutela jurisdicional estivesse em risco, o julgador estaria legitimado a agir para protegê-la.

O CPC em vigor não trouxe regra equivalente ao artigo 797 do CPC/1973, porém, ao se analisar o parágrafo único do artigo 294 conjuntamente com o artigo 300, ambos do CPC/2015, chegamos à conclusão de que o termo “concedida” presente nos dois artigos permite a interpretação quanto à possibilidade de concessão de ofício, e não necessariamente a pedido da parte. Tal atividade do juiz certamente se dá em caráter excepcional.

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 521.

¹⁷¹ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 9 abr. 2017.

8 CONCLUSÃO

A fim de que pudesse realizar de modo pleno e satisfatório a finalidade pública almejada, a Administração Pública recebeu do legislador constituinte diversas prerrogativas. Tais benefícios são-lhe outorgados pela ordem jurídica, portanto, para tornar viável a realização satisfatória dos encargos assumidos pelo Estado.

As supracitadas prerrogativas são importantes instrumentos postos à disposição da Administração para viabilizar a obtenção do interesse público que se encontra sob sua tutela, de tal forma que seu exercício somente será legítimo se voltado única e exclusivamente para o atendimento dessa finalidade.

Por certo, ao vincular o agir administrativo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros que derivam implicitamente do texto constitucional, a Constituição Federal tornou clarividente a preponderância das sujeições da Administração em face das prerrogativas.

Assim sendo, é mister reconhecer permanentemente que a Administração Pública tem o dever de proceder a boas escolhas, o que consubstancia o direito fundamental à boa administração. Entrementes, isso apenas será factível à medida que houver perfeita harmonia entre as políticas públicas e os anseios da população.

Nesse contexto, surgem os Tribunais de Contas como importante instrumento de controle e fiscalização dos entes federativos, uma vez que a malversação do erário pelos administradores públicos diretos e indiretos acarreta danos de difícil reparação à sociedade, em prejuízo da implementação de políticas e serviços públicos voltados ao bem-estar da coletividade, propósito maior do Estado insculpido na Constituição da República.

Em virtude de disposição constitucional, os Tribunais de Contas brasileiros exercem a atividade de controle externo, cabendo-lhes, dentre outras, a atribuição de exercer a atividade de fiscalização da aplicação de recursos públicos pelos gestores públicos. É por intermédio da apreciação das regularidades das contas prestadas pelos gestores públicos e por outros atos praticados pela Administração Pública que a atividade de fiscalização é realizada no Brasil.

O controle define-se, por conseguinte, como um dos elementos da governança pública, podendo ser entendido, segundo Castro¹⁷², como “função inerente ao poder”, ou seja, como controle capaz de impor limites à atuação dos governantes, orientando sobre a melhor utilização dos recursos. Nessa senda, as atividades de controle exercidas pela Administração Pública afiguram-se como elemento de governança capaz de promover a fiscalização e controle de atos de gestão, notadamente daqueles que envolvam a aplicação de recursos públicos.

Os Tribunais de Contas, com o fito de lograr resultados eficientes no controle externo, dispõem de instrumentos como a realização de auditorias operacionais e auditorias realizadas permanentemente por meio de corpos de fiscalização técnicos. Dentre as referidas ferramentas estão as medidas de natureza provisória, instrumentos que tencionam garantir o exercício do controle, bem como a efetividade e a utilidade das decisões dos Tribunais de Contas, evitando lesões a direito e ao erário.

A finalidade das medidas cautelares se traduz em assegurar o resultado efetivo e real dos processos cognitivo e executivo. Os provimentos de natureza provisória, notadamente as medidas cautelares, são verdadeiras medidas de urgência de natureza instrumental, objetivando proteger a atividade jurisdicional. A urgência é elemento constante do processo cautelar, visto que as questões de mérito ínsitas são o *periculum in mora* (perigo na demora) e o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito).

O referido instrumento (a medida cautelar concedida pelos Tribunais de Contas), de natureza administrativa – portanto, desprovido de relação com as medidas cautelares postuladas perante os Tribunais de Justiça –, vem sendo adotado e utilizado pelos Tribunais de Contas nos últimos anos, quando necessária a adoção de medidas de caráter urgente, impedindo que ilegalidades e irregularidades relacionadas à gestão pública se concretizem ou, pelo menos, minimizando suas consequências, o que gera reflexos imediatos na efetividade dos atos de gestão e na obtenção de resultados que priorizam a eficiência administrativa.

¹⁷² CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Destarte, é possível concluir este trabalho com a afirmação de que o direito fundamental à boa administração pública vincula, e a liberdade é conferida tão somente para que o bom administrador desempenhe de forma ilibada o seu mister. O dever último do Poder Público é o da boa administração, que se define como a atuação orientada pelos princípios e deveres constitucionais na busca permanente pela concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ubiratan *et al.* **Convênios e tomadas de contas especiais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1985. v. XI.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDONA, Carlos Ramírez; SALAZAR, María del Pilar Ramírez. **Fundamentos de administración**. 3. ed. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. v. I. Tradução de Adrián Otero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Rachel Campos Pereira de; KLEINSORGE, Henrique de Paula. A cautelaridade nos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 83, n. 2, abr./jun. 2012.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de controle interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; _____. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CITADINI, Antônio Roque. **O Controle externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COELHO, Jurandyr. Tribunal de Contas como Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Público**, DASP, 1958.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORRÊA DE MELLO, Marcílio Barenco. O princípio da proibição do excesso na concessão de medidas cautelares pelas cortes de contas. **Revista TCE/MG**, Belo Horizonte, jul./set. 2012, p. 59-80.

CURY NETO, Michel. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito administrativo**. 29. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DROMI, Roberto. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, p. 69-89.

_____. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____; _____. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

FERREIRA JÚNIOR, Adircelio de Moraes. **O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais de boa governança**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

_____; OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. O Controle das receitas públicas pelos Tribunais de Contas como corolário do princípio da justiça financeira e do direito fundamental à boa governança. In: **Direito e administração pública II**. Organização: CONPEDI/UFPB. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7468b046115fc3c>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

FERRER, Guillermo. Principios constitucionales del procedimiento administrativo. In: **Procedimiento Administrativo**, Tucuman-Argentina, Ediciones UNSTA, 1982.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. III.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed., refundida e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; MILESKI, Hélio Saul. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**. Brasília; Cuiabá: ATRICON; Instituto Rui Barbosa; TCE/SC, 2013.

FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, out.-dez. 1997.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

GORDILLO, Augustin. **Tratado de derecho administrativo**. Biblioteca Jurídica Dike, 1988.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, t. II.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 89, n. 324, p. 49-54, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a execução das decisões pelos Tribunais de Contas, especialmente a legitimação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 743, p. 74-95, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 1998.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, ano 27, n.108, 1990.

_____. **Direito administrativo moderno**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito administrativo moderno**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Org.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas funções**. RDP 73/181.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **Revista Interesse Público – INPB**, Belo Horizonte, n. 45, set./out. 2007.

MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança institucional do Tribunal de Contas: oito modelos debatidos na Constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização no Brasil**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MODESTO, Paulo. O Princípio da Eficiência: desafios concretos. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 2, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-DIOGO.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. (Im)possibilidade do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas: uma análise da Súmula n. 347 do STF. In: ABELHA, Marcelo; JORGE, Flávio Cheim (Coord.). **Direito processual e administração pública**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu – Uma conta que não fecha. **Biblioteca Digital Fórum de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013.

PEREIRA NETO, Hildebrando. **Breves considerações sobre o princípio da proporcionalidade**. *Habeas data*: reflexões sobre o direito. Ijuí: Ed. Unijuí, ano 1, n. 1, p. 37-53, jan./jun. 2002.

PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da Administração Pública. **Revista de Informação e Legislação**, Brasília, ano 35, n. 139, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. I.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. LIII.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 2.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROSSI, Sergio Ciquera. O controle externo sobre a Administração Pública. **Caderno FUNDAP**, São Paulo, n. 22, p. 169-174, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os Direitos Fundamentais**. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [*on line*]. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis>>. Acesso em: 25 jan. de 2017.

SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas**: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

SCLIAR, Wremyr. **Tribunal de Contas**: Do controle na antiguidade à instituição do Estado Democrático de Direito. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de

Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XX, n. 84, 1987.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **As Ações Cautelares no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Curso de direito processual civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Direito processual administrativo**. Curitiba: Juruá, 2012.

WESSELS, Johannes. **Direito penal – Parte geral**. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de derecho penal – Parte general**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZYMLER, Benjamim. **Direito administrativo e controle**. São Paulo: Fórum, 2005.

_____. **O controle externo das concessões e das parcerias público-privadas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.